

قاسم بن عيسى بن ناجي

المتوفى ٨٣٧هـ

على

متن الرسالة

للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن
ابن أبي زيد القيرواني

المتوفى ٣٨٦هـ

اعتنى به

أحمد فريد المزيدي

الجزء الثاني



دار الكتب العلمية

أسسها محمد علي بيضون سنة 1971

بيروت - لبنان

Title: Explanation of Ibn Naji al-Tanuhi on "The Risala" of Ibn Abi Zayd al-Qayrawani

Author: Ibn Nāji al-Tanūhi

Editor: Aḥmad Farid al-Miziyadi

Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah

Pages: 920 (2 volumes)

Year: 2007

Printed in: Lebanon

Edition: 1st

الكتاب: شرح ابن ناجي التنوخي
على متن الرسالة
لابن أبي زيد القيرواني

المؤلف: قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي

المحقق: أحمد فريد المزيدي

الناشر: دار الكتب العلميـــة ـ بيروت

عدد الصفحات: 920 (جزءان)

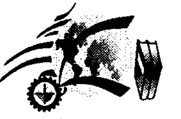
سنة الطباعة: 2007 م

بلد الطباعة: لبنـــان

الطبعة: الأولى


ISBN 2-7451-5235-1 (10 dig)
ISBN 978-2-7451-5235-0 (13 dig)
9 782745 152350 90000

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
٢٠٠٧ م ـ ١٤٢٨ هـ

منشورات محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor
هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ (١ ٩٦١)

فرع عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.

هاتف: ١٢ / ١١ / ٨٠٤٨١٠ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان
رياض الصلح - بيروت ٢٢٩٠ ١١٠٧

http://www.al-ilmiyah.com
e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com



باب في النكاح والطلاق والرجعة والظهار والإيلاء واللعان والخلع والرضاع

قال ابن بشير: النكاح عقد على البضع بعوض واعترضه بعض شيوخنا بأنه غير مانع لدخول بعض صور الزنا وإن أراد صحيحه فيعترض أيضًا بدخول نكاح المعتد وما عقد بغير ولي وكثير من صور فاسدة، وقال ابن عبد السلام: ترك ابن الحاجب تعريفه اكتفاء بذكر أركانه: الصيغة والولي والزوج والزوجة والصداق إذ لا معنى للحد إلا ذكر مجموع الأجزاء.

واعترضه شيخنا بأن ما ذكره أركانه الحسية لامتناع حملها عليه لا المعنوية والكافي بعد أن يسلم له عدم اعتبار الهيئة الاجتماعية في التعقل الثانية لا الأولى، قال: وحده الجامع المانع عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر وهو مندوب إليه من حيث الجملة[1].

قال اللخمي: وهذا لمن لا أرب له إن رجى نسله وإلا فمباح كالعقيم والشيخ الفاني والخصي والمجبوب وذو أرب كالأول إن قدر على العفة وإلا وجب وإن لم يعفه صوم أو تسر وإلا فهو أولى منهما والمرأة مثله، إلا في التسري لامتناعه عليها وصيغته كل لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وبعت.

واختلف هل ينعقد بلفظ الهبة أم لا؟ فقيل: ينعقد قاله القاضيان ابن القصار، وعبد الوهاب وقيل: عكسه وقيل: إن ذكر الصداق فالأول وإلا فالثاني قاله ابن القاسم، وهذا والذي قبله كلاهما لمالك ونص على ذلك ابن عبد البر قال ابن القصار ولفظ الصدقة كالهبة، وقيل: إنها لغو قاله ابن رشد والإحلال والإباحة لا ينعقد بهما عند ابن القصار خلافًا لبعض أصحابه قيل وزعم ابن عبد البر الإجماع على الأول.

(ولا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدين عدلين):

مذهبنا أن الولي شرط في العقد وقال أبو حنيفة للمرأة أن تعقد النكاح على نفسها قياسًا على بيعها وشرائها ووافق على أن وجود الولي أكمل واحتج أهل المذهب بما خرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة وصححه قال: قال رسول الله ﷺ «لا تزوج

---

(١) انظر: المدونة الكبرى (١٠٨/٢).

المرأة المرأة ولا المرأة نفسها[1]» فإن الزانية هي التي تزوج نفسها، وما ذكره أصحابنا لا يرد به على أبي حنيفة لما تقدم من مذهبه أنه يقدم القياس على خبر الآحاد ونقل بعض أئمة الشافعية عن مالك مثل قول أبي حنيفة في الدنية.

قال ابن عبد السلام: وهو غلط لا شك فيه وأما الصداق فهو أحد أركان النكاح كما سبق لابن الحاجب ورده بعض شيوخنا بدليل صحة نكاح التفويض قال: والأظهر أنه غير ركن في صحيح النكاح وإسقاطه غير مناف له، وأما الشهادة فهي شرط في جواز الدخول لا في صحة العقد.

وقال الشافعي وأبو حنيفة: هي شرط في العقد قال عياض وهو ظاهر رواية أشهب: فإذا عرفت هذا فاعلم أن ما ذكره الشيخ من قوله ولا نكاح إلى آخره هو لفظ الحديث الوارد عن النبي ﷺ فإذا حملنا لفظ نكاح من قوله: «ولا نكاح إلا بولي» على العقد لزم التخصيص لخروج نكاح التفويض ولو حملناه على الوطء لم يلزم ذلك ونبه على هذا ابن عبد السلام وهو بين.

(فإن لم يشهدا في العقد فلا يبن بها حتى يشهدا):

فإن وقع الدخول ولم يقع الإشهاد فإنه يفسخ بطلقة لأن العقد وقع صحيحًا بدليل لو وقع الإشهاد قبل الدخول لصح النكاح خلاف ظاهر رواية أشهب كما سبق وتكون هذه الطلقة بائنة؛ لأنها من طلاق القاضي والأصل فيما يوقعه القاضي من الطلاق أن يكون بائنًا ثم إن وقع فشو وجهالة فلا حد اتفاقًا وعكسه عكسه.

واختلف إذا وجد أحد الوصفين والشاهد الواحد فشو قاله ابن الماجشون وغيره.

وقال ابن الحاجب: والإشهاد شرط في جواز الدخول لا في صحة العقد فإن دخل قبله فسخ بطلقة بائنة، وقيل: ويحدان إن ثبت الوطء ما لم يكن فاشيا وعن ابن القاسم ما لم يجهلا فظاهر كلامه أن المذهب سقوط الحد في جميع الصور وأن من أهل المذهب من اعتبر الفشو في سقوط الحد وأن ابن القاسم اعتبر الجهالة. قال ابن عبد السلام: وهذا شيء لا يقوله أحد من أهل المذهب؛ لأن الحد ساقط مع انتفاء الفشو والجهالة.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه (٣/٢٢٧).

(وأقل الصداق ربع دينار):

اعلم أن أقل الصداق ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما قيمته أحدهما في مشهور المذهب وقيل: تعتبر القيمة للدراهم فقط نقله المتيطي عن ابن شعبان ونقله اللخمي بلفظ (قيل) قائلاً: هو كقول ابن القاسم في نصاب السرقة.

وقال ابن وهب في الواضحة: يجوز بأدنى من درهمين وما تراضى عليه الأهلون هكذا نقله المتيطي، ونقل اللخمي عنه: يجوز بالدرهم والنعل والسوط واعتمد مالك لكون أقله ربع دينار بالقياس على السرقة واعترضه غير واحد كاللخمي بأن اليد إنما قطعت في ربع دينار نكالاً لخيانتها والنكاح مباح جائز فلا يقاس أحدهما على الآخر ونحو هذا الاعتراض لابن الفخار على ابن العطار فتأمله قال المتيطي وغيره: ويشترط الخلوص في الذهب والفضة، وأشار ابن عبد السلام إلى أنه يمكن تخريج الخلاف في اشتراط الخلوص من الزكاة وقبله خليل، وأما أكثره فلا حد فيه.

قال ابن عبد البر بلا خلاف لقوله تعالى: ﴿ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ [النساء: ٢٠] قال ابن الجلاب: ولا أحب الإغراق في كثرته ونقله عياض في الإكمال عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مستدلاً بفعله ﷺ فإن قلت: قول عمر يناقض فعله؛ لأنه أصدق أم كلثوم بنت علي أربعين ألفا ولا سيما إن أصدقتهم كانت على النقد.

قلت: لا مناقضة بينهما لأن الإغراق معتبر بالأشخاص فمن كان وافر المال جدًّا حتى تكون الأربعون ألفا في حقه كالعدم فليس بإغراق والله أعلم فمن نكح بأقل الصداق فإن كان قبل الدخول فالزواج بالخيار بين أن يتمه أو يفسخ النكاح، وقيل: لا بد من تحتم الفسخ قاله بعض الرواة وكلا القولين في المدونة، وفسر المتيطي بعض الرواة بابن الماجشون، وعلى الأول لو اختار الفسخ ففي لزوم نصف المسمى قولان، وأما إذا طلق ففي المدونة لها نصف الدرهمين، وحكى ابن بشير قولاً بأنه لا شيء لها ولم يحكه اللخمي إلا بالتخريج على قول الغير وتعقبه بعض شيوخنا بقول ابن كنانة: إذا طلق وهو مختار فيلزم بخلاف إذا فسخه الحاكم وأما إذا وقع الدخول فإنه يتمه جبرًا وفي رواية الدباغ عن الغير أنه يفسخ ويكون لها صداق مثلها كمن تزوج بغير صداق.

(وللأب إنكاح ابنته البكر بغير إذنها وإن بلغت وإن شاء شاورها):

أما إن لم تبلغ البكر فالاتفاق على أنه يجبرها على النكاح وإذا بلغت فكذلك

على المشهور ومال الشيخ أبو الحسن اللخمي إلى عدم جبرها لحديث مسلم «البكر يستأذنها أبوها» ونحوه لابن الهندي، وأفتى به الشيخ أبو القاسم السيوري فيما ذكر بعض من جمع فتاوى جماعة من الإفريقيين. قال في المدونة: ولا يَجْبُرُ أحدٌ أحدًا على النكاح إلا الأب في ابنته البكر وظاهرها ولو كانت البكر مرشدة، وهو كذلك في اختيار ابن عبد البر قال المتيطي وغيره: المشهور ولا يجبرها، وعليه فإذنها لا بد أن يكون نطقًا قاله ابن الهندي وابن القطان والباجي وهو المشهور، وقيل: صماتها كاف قاله ابن لبابة، وقيل مثله إن كان صداقها عينا وإن كان عرضًا طولبت بالكلام قاله غير واحد، وظاهرها ولو كانت معنسة وهو أحد قولي مالك من رواية محمد بن المواز وروى ابن وهب عنه لا يجبرها.

ونقله أبو إبراهيم عن مالك قائلاً: ومثله رواية عبد الرحيم في كتاب الكفالة، واختلف في حد التعنيس فقيل: الأربعون سنة وقال ابن وهب ثلاثون سنة وقيل: خمس وثلاثون سنة وقيل: خمس وأربعون وقيل: من الخمسين إلى الستين وقيل: ثلاثة وثلاثون وقيل: خمسون فيتحصل فيها سبعة أقوال، وكل هذا في ذات الأب، وأما إن كانت مهملة فقيل لا يبلغ بها الثلاثين ولابن الماجشون يبلغ بها ذلك.

وقال أصبغ: أربعون وقيل: من الخمسين إلى الستين، ولما ذكر ابن عبد السلام هذه الأقوال قال: وأنت تعلم أن وجود دليل شرعي على مثل هذا التحديث متعذر وحيث يجبر الأب ابنته فهل يستحب له أن يستأذنها أم لا؟ اختلف في ذلك على قولين حكاهما اللخمي وتعقبه ابن بشير بأن ظاهر المذهب استحبابه اتفاقًا، ورده بعض شيوخنا بنقل الباجي روى عيسى عن ابن القاسم إنكاره ومثله لخليل قائلاً: في كلام اللخمي نظر من وجه آخر وذلك أنه نسب القول بعدم الاستحباب للمدونة وهو لا يؤخذ منها لأن الذي فيها ليس المشهور لازمة وذلك لا ينافي الاستحباب، والاستحباب أولى وهو الذي اقتصر عليه ابن الجلاب للخروج من الخلاف ولتطييب قلبها ولأنها قد يكون بها عيب فتظهره حينئذ.

(وأما غير الأب في البكر وصي أو غيره فلا يزوجها حتى تبلغ وتأذن وإذنها صماتها)[1] :

---

(١) قال الشيخ زروق: يعني أن اليتيمة إذا استوذنت في الإنكاح فصمتت فذلك إذن منها وظاهره سواء علمت أن الصمت إذن أم لا فلا تعذر بدعوى جهله قال في المدونة قال غيره إذا كانت =

يريد إلا أن ينص الأب للوصي على الإجبار فيتنزل منزلته وقيل: الولي والوصي سيان وقيل: لا ولاية لوصي وهو كالأجنبي حكاه ابن بشير ولو لم يسم قائله وعزاه ابن عات لحكاية ابن مغيث عن منذر بن سعيد محتجا بقوله تعالى حكاية عن زكريا عليه السلام ﴿ فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۞ يَرِثُنِي ﴾ [مريم: ٥ - ٦]، والوصي ليس بوارث فدل على أنه غير ولي وفيه أقوال لولا الإطالة لذكرناها، وكذلك اختلف في مقدم القاضي فقيل: إن ولي النسب مقدم عليه؛ لأنه مقدم على القاضي والمقدم على المقدم مقدم قاله ابن حبيب، وقيل: إن المقدم مقدم غير واحد قال: لأن القاضي أنزله منزلة الأب.

وأما غير الوصي كالأخ فهل له أن يزوج اليتيمة قبل البلوغ أم لا؟ اختلف في ذلك على خمسة أقوال، فقيل: لا يزوجها كما قال المؤلف وهو المعروف في المذهب، وقيل: إنه يجبرها على النكاح وعزاه المازري لقولة شاذة.

وقيل بالأول إن لم تطق المسيس وبالثاني أن أطاقته حكاه ابن حارث عن رواية ابن نافع قائلاً: اتفقوا على منعه قبل إطاقتها المسيس وقيل: يجبرها إن كانت مميزة وخيف عليها الحاجة. قال ابن بشير: اتفق المتأخرون عليه إن خيف فسادها. قال ابن عبد السلام: وعليه العمل ببلدنا اليوم مع زيادة بلوغ سنها عشر سنين مع مشورة القاضي، وقيل: تزوج ولها الخيار إذا بلغت نقله ابن الحاجب وتعقبه ابن عبد السلام بأن غيره إنما حكاه بعد الوقوع. وإذا فرعنا على القول بالمنع فإنها تخير وقوي نقل غيره بأن نقل أهل المذهب يقتضيه لأن الخيار عندهم مناف لعقدة النكاح وأجابه خليل رحمه الله بتصريح ابن شاس بأن ذلك ابتداء وبقربه من إحدى روايتي ابن الجلاب أن

=

تعلم أن السكوت رضا فحمله ابن الحارث على الخلاف وحمديس على الوفاق وتوقف أبو عمران وقيل إن عرفت بله عذرت وإلا فلا وجعل ابن رشد مذهب المدونة استحباب إعلامها بأن رضاها صمت وروى ابن مسلمة وجوبه ونقله حمديس عن ابن القاسم وعليه فالمشهور تكفي المرة ولابن شعبان ثلاثًا إن رضيت فاصمتي وإن كرهت فانطقي. عبد الملك: ويستحب أن يطيلوا المقام عندها قليلاً. المغربي: فإذا تكلمت فقد تكلفت ما لا يلزمها ولا يضرها ذلك وروى محمد إنكارها بالقول لا بالصمت وفي الجلاب إن نفرت أو قامت أو ظهر منها ما يدل على الكراهة لم تزوج. ابن مغيث: وصمتها رضًا كأن بكت قائلاً: ونزلت فحكم بإمضائه وفي الجلاب كقول ابن مسلمة ليس بكاؤها رضًا (ع) والأولى الكشف عن حال بكائها هل هو إنكار أم لا.

النكاح جائز، ولها الخيار إذا بلغت في فسخه وإمضائه وما ذكر الشيخ أن إذنها صماتها صحيح قال في المدونة: إن قال وليها إني زوجتك من فلان فسكتت فذلك منها رضًا قال غيره: إذا كانت تعلم أن السكوت رضًا، فقيل وفاق قاله حمديس، وقيل خلاف قاله سحنون وابن حارث واختلف رأي أبي عمران فقال مرة بالأول ومرة بالثاني ومرة بالوقوف حكى هذه الأقوال الثلاثة عنه المتيطيُ.

قال شريح في المدونة: فإن معصت وجهها لم تنكح وفسر ذلك بلطم وجهها قاله أبو إبراهيم والأقرب تفسير غيره أي غطت وجهها، وأقيم منها أن بكاءها يدل على عدم رضاها وهذه الإقامة لأبي إبراهيم ومثله في ابن الجلاب، وقيل: إنه رضًا كالضحك لنقل ابن مغيث نزلت، واختلف فيها وحكم بإمضاء النكاح، قلت: ووجهه أن بكاءها لكونها تذكرت إياها على ما جرت به العادة.

(ولا يزوج الثيب أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول):

ظاهر كلام الشيخ سواء كانت سفيهًة أو رشيدًة وهو كذلك في الرشيدة باتفاق وفي السفيهة على المشهور، وقيل الأب يجبرها حكاها المتيطي عن بعض القرويين لنقل ابن المواز عن أشهب: لا إذن لسفيهة في نفسها ولا مالها كالبكر وظاهر كلام الشيخ ولو كانت الثيوبة من زنا أنها لا تجبر وهو كذلك عند ابن عبد الحكم ذكره ابن حارث وغيره وهو مذهب ابن الجلاب.

وقيل: إنها تجبر على النكاح قاله في المدونة وقيل: إن تكرار الزنا منها حتى زال جلباب الحياء عن وجهها لم تجبر وإلا جبرت قاله القاضي عبد الوهاب لمناظرة وقعت بينه وبين مخالفه في علة الإجبار هل هي البكارة أو الحياء واختار اللخمي الأول أنها لا تجبر ويكون إذنها كبكر فيجمع عليها حكم الثيب وحكم البكر.

وعزاه ابن رشد للشيخ أبي محمد وعزاه أبو إبراهيم لمحمد بن وضاح فيتحصل في المسألة أربعة أقوال وجعل بعض الشيوخ قول القاضي عبد الوهاب تفسيرًا للمدونة وهو الأقرب؛ لأنه إنما قصد المناظرة عن المذهب.

قال ابن رشد: والوطء بالغصب كوطء الزنا ولم يرتضه بعض شيوخنا قائلاً: المغتصبة أقرب إلى الجبر.

قلت: وهذا التضعيف إنما يتمشى أن لو قصد التخريج ولكنه ذكر الخلاف فيها بالنص.

فقال في مقدماته: اختلف فيما إذا زنت أو غصبت فقيل: حكمها حكم البكر عموما وقيل: حكم الثيب، وقيل: مثلها في أنها لا تزوج إلا برضاها وحكم البكر في أن إذنها صماتها.

وظاهر كلام الشيخ إن ثيبت قبل البلوغ أنها لا تجبر وهو أحد الأقوال الثلاثة وقيل: إنها تجبر وقيل: إن أراد أن يزوجها قبل البلوغ فله الجبر وإلا فلا.

(ولا تنكح امرأة بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها كالرجل من عشيرتها أو السلطان):

قال في التهذيب: وقول عمر لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان فذو الرأي من أهلها كالرجل من العشيرة أو العم أو المولى.

وقال عنه ابن نافع: هو الرجل من العصبة ونقل أبو إبراهيم عن عبد الملك هو الرجل من البطن وقال اللخمي: اختلف في معنى ذي الرأي فقيل: هو الرجل الصالح والفاضل، وقيل: هو الوجيه الذي له رأي ومن يرجع إليه في الأمور فيتحصل فيه قولان وفي كيفية كونه من أهلها ثلاثة أقوال وقول عمر على الترتيب عند اللخمي وعلى التخيير عند الباجي ولا يكون الحاكم وليًّا في النكاح حتى يثبت عنده أربعة عشر فصلا، وهي كونها صحيحة بالغة غير مولى عليها ولا محرمة على الزوج وأنها حرة وأنها بكر أو ثيب وإن لا ولي لها أو عضله لها أو غيبته عنها وخلوها من الزوج والعدة ورضاها بالزوج والصداق وأنه كفؤ لها في الحال والمآل وأن المهر مهر مثلها في غير المالكة أمر نفسها، وإن كانت غير بالغ فيثبت فقرها وأنها بنت عشرة أعوام فأكثر انظر وثائق الغرناطي.

(وقد اختلف في الدنية تولي أجنبيًّا):

اختلف في ولاية الإسلام مع ولاية النسب على ثلاثة أقوال حكاها غير واحد فقيل: لها مدخل ويصح ذلك إن وقع مع وجود ولي النسب حكاه القاضي عبد الوهاب رحمه الله تعالى، وقيل: إن الدنية وغيرها سواء لا يزوجها إلا ولي أو سلطان، رواه أشهب وقيل بالأول في الدنية وبالثاني في غيرها قاله مالك في المدونة ونصها: قيل لمالك في رجال من الموالي يأخذون صبيان الأعراب تصيبهم السنة فيكفلونهم ويربونهم حتى يكبروا فتكون فيهم الجارية فيريد أن يزوجها فقال: ذلك جائز، ومن أنظر لها منه وأما كل امرأة لها بال وغنى وقدر فتلك لا يزوجها إلا وليها أو السلطان.

قال ابن رشد: يريد بغير رضاها؛ لأنه جعله بحضانتها كوكيل على إنكاحها لا يفتقر إلى رضاها، وقال ابن حبيب في روايته عن مالك: إذا مات أبوها أو غاب أولياؤها فإنه يزوجها وإلا فلا وقول أبي إبراهيم، وعلى هذا حمل الشيوخ المسألة على أنها غير ذات أب خلاف ما تقدم لابن رشد، وظاهر المدونة، والحاصل لا يزوج إلا الدنية فقط قال المتيطي: وظاهر قول ابن العطار أنه ولي مطلقًا وأقيم منها أن الحاضن يبيع ربع المحضون، وهذه الإقامة لأبي عبد الرحمن وغيره ونحوه لابن الماجشون في الواضحة وهو أحد الأقوال الأربعة، وقيل: إنه لا يبيع أخذه من كتاب القسم من المدونة فيمن كنف أخا له صغيرًا قال: لا يجوز بيعه عليه ولا قسمه وهو قول أصبغ في الثمانية وقيل بالأول في اليسير، وبالثاني في الكثير قاله في العتبية، وقاله أصبغ أيضًا، وبه مضى عمل الموثقين وقيل بالأول إن كانت البلدة لا سلطان فيها، وبالثاني إن كان فيها قاله ابن الهندي وكلاهما ذكره المتيطي قائلاً: وعلى الثالث، واختلف في مقدار اليسير على ثلاثة أقوال فقال بعض الأندلسيين عشرة دنانير ونحوها.

وقال ابن العطار عشرون ونحوها وقال محمد ثلاثون.

قلت: ويقوم منها أن له أن يرشدها، وأباه شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى قائلاً: هو أشد وما قلناه أولى؛ لأن التسلط على ذاتها أشد فهو أحروي والله أعلم.

فإن قلت: ما بال البراذعي اختصرها سؤالا وجوابًا كما هو في الأم؟ قلت: لأنها فيها الخلوة بالأجنبية، وفي إجارة المدونة: أكره للأعرابي أن يؤاجر غير ذي محرم منه حرة أو أمة وظاهر المدونة أنه لا حد لمقدار زمان الحضانة وإنما يرجع في ذلك إلى العرف وإلى هذا ذهب بعض الشيوخ وقال بعض الموثقين: إنها محدودة بعشر سنين.

وقال أبو محمد صالح: أقلها أربعة أعوام وظاهرها أيضًا أن الولاية للحاضن ولو طلقت أو ماتت وهو كذلك عند ابن عتاب، وقيل: لا تعود قاله ابن العطار في وثائقه، وقيل: إن كان خيرًا فاضلا عادت وإلا فلا قاله ابن الطلاع في وثائقه وقيل: إن عادت إلى كفالته عادت نقله ابن فتحون.

(والابن أولى من الأب والأب أولى من الأخ ومن قرب من العصبة أحق):

ما ذكر الشيخ من أن الابن مقدم على الأب هو المشهور، وقيل: إن الأب أولى منه حكاه الباجي من رواية المدنيين قائلاً: ذلك في بعض الكتب قال ابن عبد السلام:

واختار بعض أشياخي أن لا ولاية للابن في هذا الباب إلا أن يكون من عشيرة أمه وهو القياس ويريد الشيخ أن ابن الابن كالابن نص على ذلك في المدونة ومعنى قوله «ومن قرب من العصبة أحق» يعني به أن الأخ وابنه مقدمان على الجد وهو كذلك لأن الأخ يتقرب ببنوة الأب والجد يتقرب بأبوته.

وقال المغيرة: الجد أولى منهما واختلف هل الأخ الشقيق مقدم على الأخ للأب أو هما سواء؟ قولان والأول منهما رواه ابن القاسم في كتاب ابن حبيب واختاره، والثاني رواه علي عن مالك في المدونة وأجراهما اللخمي في ابنيهما والعمين وابنيهما.

وقال ابن الحاجب: وفي تقديم الشقيق من الأخ والعم وابنه على الآخر روايتان لابن القاسم والمدونة فظاهره أن الخلاف في الجميع بالنص وليس كذلك بل كما قدمناه ونبه عليه ابن عبد السلام.

(وإن زوجها البعيد مضى ذلك):

ظاهر كلام الشيخ أنه لا يجوز ابتداء وهو كذلك قال في المدونة: وإن زوجها الأبعد برضاها وهي ثيب وولدها حاضر فأنكر ولدها وسائر الأولياء لم يرد النكاح، وروى البغداديون جوازه ابتداء وتأول على المدونة نقله عياض وفي المدونة روى علي إن كانا أخوين جاز ولا ينبغي إن كانا أخًا وعمًا وابنه، وفيها روى أكثر الرواة ينظر السلطان وبعضهم للأقرب رده ما لم يطل وتلد الأولاد، وقال ابن حبيب في الواضحة: ما لم يبن بها.

وقال المغيرة يفسخ على كل حال؛ فيتحصل في المسألة سبعة أقوال وكل هذا في ذات المنصب والقدر وأما الدنية فيمضي فيها باتفاق قاله اللخمي.

قلت: وأشار إليه في المدونة بقوله: وهو في ذات المنصب والقدر ويريد بالمنصب عمل يدها وبالقدر مالها وجمالها قاله البلوطي، وهذا في غير المجبرة، وأما المجبرة كالأب في ابنته البكر وكالسيد في أمته فالمشهور تحتم الفسخ وروى عبد الوهاب عن مالك أنه يمضي بإجازة السيد،وخرجه اللخمي في الأب ولم يحفظ ابن عبد السلام التخريج المذكور قائلاً: الفرق على هذا القول بين الحرة والأمة أن الغالب في حال الأمة صلاحية كل أحد لها وأنه كفؤ لها فلم يبق إلا إلحاق عيب النكاح، وذلك بيد السيد ومن حقه فإذا رضيه لزمه ومضى النكاح فكلامه رحمه الله هذا يرد به تخريج اللخمي.

(وللوصي أن يزوج الطفل في ولايته):

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة ونقل ابن زرقون عن سحنون أنه لا يزوجه وقيل بالأول إن كانت ذات شرف أو مال أو بنت عم قاله المغيرة وروى ابن المواز لا يعجبني أن يزوجه فيتحصل في المسألة أربعة أقوال، وخرج اللخمي الخلاف في الأب وبعده بعض شيوخنا يريد لأن الأب محمول على النظر بخلاف الوصي فإنه محمول على غير النظر على أحد القولين ويجاب بأن المانع علل بكونه إذا بلغ طلق لكونه مكرها فلا فرق على هذا بين الأب وغيره.

قال ابن رشد: ولم أر في الحاكم خلافًا، وينبغي أن يجوز له ذلك بلا خلاف لأن الحاكم لا يفعل ذلك إلا بعد أن يثبت عنده أن في ذلك مصلحة قلت: ويرد بما قلناه والله أعلم.

واختلف في جبر السفيه فقال ابن القاسم: يجبره وقال عبد الملك: لا يجبره وأخذه عبد الحق من كتاب إرخاء الستور من المدونة وذلك أنه قال في العبد يزوجه سيده بغير إذنه والسفيه لا يزوجه إلا بإذنه، وقال عياض: في إرخاء الستور لعبد الملك لابن القاسم وأخذ الأول من النكاح من قولها والولي في يتيمه.

قال ابن عبد السلام: والصحيح عدم جبره وللزومه الطلاق إذا طلق فإذا جبره على ما لا يجب فيلزمه الصداق أو نصفه من غير منفعة تعود عليه وهذا سوء نظر في حقه والله أعلم.

(ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها وليس ذوو الأرحام من الأولياء والأولياء من العصبة):

إنما كان له تزويج الذكر دون الأنثى قالوا لأن الذكر قادر على أن يحل عن نفسه بعد البلوغ بالطلاق بخلاف الأنثى.

قلت: وهو ضعيف لأن حالة التزويج ليس له فيها منفعة في الحال وما هذا شأنه لا ينبغي لناظر فعله ولا سيما إن كان الابن فقيرًا فليس بمصلحة تعمير ذمته بالصداق بخلاف تعمير ذمته بالديون في المعاملات المالية؛ لأن المنفعة بأعواض الديون حاصلة في الحال.

(ولا يخطب أحد على خطبة أخيه ولا يسوم على سومه[1] وذلك إذا ركنا وتقاربا) :

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٣٤٥/٥) والنسائي في الكبرى (٢٧٦/٣) ومالك في الموطأ (٢/ ٥٢٣) وابن حبان في صحيحه (٣٥٤/٩)

ظاهر كلام الشيخ أن الركون كاف وإن لم يقدر الصداق وهو كذلك عند ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وغيرهم، وقيل: لا يكفي الركون حتى يسمى الصداق لاحتمال عدم الموافقة عند تقديره قاله ابن نافع وهو ظاهر قول مالك في الموطأ على كل واحد فذلك في المتقاربين فأما فاسق وصالح فلا قاله ابن القاسم حسبما نقله عنه غير واحد كالباجي، وحكاه أبو عمر بن عبد البر على معنى آخر فقال ابن القاسم معنى النهي في ذلك في رجلين صالحين، وأما إن ركنت لرجل سوء فينبغي للولي أن يحضها على رجل صالح الذي يعلمها الخير ويعينها عليه، وهذا إنما فيه الحض على مخالطة أهل الخير ومجانبة أهل الشر فإن وقع العقد بعد الركون للأول فقيل يفسخ مطلقًا وعكسه.

وقيل: يفسخ قبل الدخول لا بعده وهو المشهور، وكلها لمالك ومفهوم كلام الشيخ إذا لم يقع تراكن أنه جائز وهو كذلك باتفاق، وإذا أمر رجل رجلاً أن يخطب له فأراد أن يخطب لنفسه فله ذلك ويعلمها بالباعث له أولا وفعله عمر حسبما نقله ابن عبد البر عن ابن وهب ولولا الإطالة لذكرنا ذلك وفي سماع ابن أبي أويس أكره ذلك، وما سمعت فيه رخصة وتأوله بعض شيوخنا على ما إذا خص نفسه، وأما السوم على سوم الأخ فذكره الشيخ أيضًا في البيوع فلنؤخر الكلام على ما يتعلق به إلى ذلك المكان.

(ولا يجوز نكاح الشغار وهو البضع بالبضع):

اعلم أن في كلام الشيخ تقديم التصديق قبل التصور وقد علمت ما فيه، ولا خلاف أن نكاح الشغار لا يجوز ابتداء واختلف إذا وقع صريحه على ثلاثة أقوال: فقيل: يفسخ أبدًا وهو المشهور وقيل: يمضي بالدخول رواه علي بن زياد، وقيل: إنه يمضي العقد حكاه ابن بشير في آخر الفصل عن مالك بعد أن قال في أوله: لا خلاف منصوص أنه يفسخ قبل البناء ونقل بعض المتأخرين فيه خلافًا منصوصًا، وهو باطل فقد تناقض كلامه رحمه الله ونبه عليه بعض شيوخنا وهذا القول الأخير أخذه الشيخ أبو القاسم السيوري وابن شبلون من المدونة من قولها فيه الإرث والطلاق ورده ابن سعدون بأن قوله بالإرث فيه إنما هو تفوت موضع الفسخ بالموت وألزمه بعض شيوخنا القول به في كل نكاح فاسد وخرجه بعض شيوخنا من أحد قوليه فيما اختلف فيه أنه يمضي ولا يرد وأن نزوله كحكم حاكم به وعلى المشهور أنه يفسخ أبدًا وإن

وقع الدخول فقال في المدونة لها صداق المثل، وأما في وجه الشغار فقال أيضًا في المدونة يفرض لها صداق مثلها ولا يلتفت إلى ما سميا.

قال سحنون: إلا أن يكون ما سميا أكثر فلا ينقص من التسمية فحمل بعض الشيوخ قول سحنون على التفسير واحتج بتنظير ابن القاسم بالتي بعدها وبأن ابن لبابة ذكر من قول ابن القاسم ولم يذكر فيه اسم سحنون ويكون معنى قوله ولا يلتفت إلى ما سميا إن كان أقل من المثل فيكون لها الأكثر وحمله بعض الشيوخ على الخلاف، واحتج بأن هذه الزيادة لم تقع في الأسدية وبأن في مختصر ابن أبي زيد لها صداق المثل كان أقل من التسمية أو أكثر وأما وجه الشغار فإنه يفسخ قبل الدخول ويمضي بعده وأجرى فيه بعض الشيوخ قولاً بالفسخ بعد البناء من الصداق الفاسد وقبله خليل.

وقال ابن أبي حازم: لا يفسخ قبل البناء وظاهر ما حكاه المتيطي عنه جواز الإقدام عليه لأنه قال: وقال ابن أبي حازم في المدونة: لا بأس وأما المركب منهما فيجري كل من الصريح والوجه على أصله السابق.

(ولا نكاح بغير صداق):

لا خلاف أنه لا يجوز ابتداء فإن وقع فقيل يفسخ أبدًا، وقيل قبل الدخول فقط والقولان في المدونة ونصها قال ابن القاسم ومن نكح بغير صداق فإن كان على إسقاطه فسخ قبل البناء وثبت بعده ولها صداق المثل، وهذا الذي استحسن وقد بلغني ذلك عن مالك، وقيل: يفسخ ذلك وإن دخلا. قال ابن القاسم: وإن لم يذكر الصداق ولا شرطًا إسقاطه فذلك تفويض جائز وبالقول الثاني قول أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ إلا أن أشهب قال: لها ثلاثة دراهم فقط إذا وقع الدخول وقال ابن وهب وأصبغ: لها صداق المثل.

(ولا نكاح المتعة وهو النكاح إلى أجل):

لا خلاف في المذهب أن نكاح المتعة لا يجوز ويفسخ أبدًا وفي كونه بطلاق أو دونه قولان وهل لها بالدخول المسمى أو صداق المثل؟ قولان قال اللخمي: والأحسن المسمى لأن فساده في عقده وصوبه ابن رشد بأن شروط النكاح من الولي وغيره حصلت ولكن وقع التوافق على انحلاله بعد شهر مثلاً وقيل: بل هو بغير ولي وبغير صداق وبغير شهود قاله أبو عمر بن عبد البر في التمهيد، قال القاضي وهو ظاهر أحاديث مسلم: وأما نكاح النهارية فقال مالك: لا خير فيه قال ابن القاسم يفسخ قبل

البناء ويمضي بعده بصداق المثل.

وقال عيسى يفسخ مطلقًا نقله ابن رشد وعليه يكون لها المسمى إذا وقع الدخول، ولو تزوج المسافر ليفارق إذا سافر وفهمت ذلك المرأة ففي جوازه ومنعه قولان ذكرهما اللخمي، وأما نكاح الخيار فإن كان في المجلس فإنه جائز لأنه كالمراودة على النكاح وهو أخف من الصرف فيه، وأما بعد الافتراق فما قرب منه فجائز أيضًا قال اللخمي: وهو في هذا الموضع أوسع من الصرف، وقد قال ابن القاسم في كتاب محمد: إن شرطًا مشورة فلأن الشيء القليل وهو حاضر في البلد فأتيا به من فوره جاز.

قلت: وحمل ابن رشد سماع أصبغ مثله على أنهما لم يفترقا من المجلس، وأما إذا كان الخيار ليوم أو يومين فمنعه في المدونة قائلاً: لأنهما لو ماتا لم يتوارثا وخرج اللخمي جوازه من الصرف على القول به وضعف تعليلها قائلاً: لأن المانع عنده خوف الموت ومراعاته في اليومين والثلاثة نادر والنادر لا حكم له، وأيضًا فإن النكاح غير منعقد حتى يمضي فلا يضر عدم الميراث ويجوز على تعليلها إذا كان الزوج عبدًا وكانت هي أمة لأنه لا ميراث فيه ولو كان منعقدًا ونص في المدونة على أن الخيار للزوجين والولي لا يجوز كما إذا كان لأحدهم.

وقال ابن رشد: هو جائز لانحلاله وحيث يمنع فلا خلاف أنه يفسخ قبل البناء وفي فسخه بعد البناء قولان لمالك والذي رجع إليه عدم الفسخ والقولان في المدونة ورجح بعض الشيوخ الفسخ لأن فساده في عقده قال في المدونة: ولها المسمى دون صداق المثل، قال عياض في الأسدية: لها صداق المثل. قال الفاكهاني: فقول شيخنا جمال الدين الصنهاجي ظاهر المدونة فيها وفي التي بعدها تليها صداق المثل هو ظاهر.

وكذلك القولان فيها في إن لم يأت بالصداق وإلى أجل كذا بالنسبة إلى الفسخ بعد البناء وقال أشهب: هو نكاح جائز ابتداء.

(ولا النكاح في العدة ولا ما جر إلى غرر في عقد أو صداق ولا بما لا يجوز بيعه):

لا خلاف أن عقد النكاح في العدة لا يجوز بل التصريح بالخطبة حرام إجماعًا وعكسه التعريض فإنه جائز ويأتي الكلام على ذلك حيث تكلم عليه الشيخ إن شاء الله.

(وما فسد من النكاح لصداقه فسخ قبل البناء فإن دخل بها مضى وكان فيه صداق المثل):

اختلف المذهب فيما فسد لصداقه كمن نكح على عبد آبق على ثلاثة أقوال:

فقيل: يفسخ أبدًا وعكسه وقيل: يفسخ قبل البناء لا بعده قاله في المدونة وهو المشهور وعليه اعتمد الشيخ وكلها لمالك، ولم يقف ابن عبد السلام على القول بعدم الفسخ لمالك لقوله ذكره غير واحد ولم ينسبه وأجابه خليل بأن عبد الوهاب في الإشراف نقله، وكذلك نقله ابن الجلاب أيضًا.

وظاهر كلام الشيخ أن فسخه قبل البناء على طريق الوجوب، وهو كذلك عند جميع المغاربة الذي هو منهم، وذهب العراقيون إلى أن ذلك على طريق الاستحباب، وكلاهما تأويل على المدونة ولو دعا الزوج إلى البناء والنفقة فأنفق ثم عثر على الفساد، وفسخ فقيل يرجع بها عليها كمن اشترى من رجل داره على أن ينفق على البائع حياته، وقال عبد الله بن الوليد: لا يرجع بها عليها لأن الفسخ قبل البناء غير واجب إذ أجازه جماعة من العلماء إذا عجل ربع دينار، ورده بعض شيوخنا بأن الفرض الحكم بفسخه، ومراعاة الخلاف مع الحكم بنقضه لا يصح، ويجاب بأنه إنما قصد مراعاة الخلاف.

وأجرى غير واحد ممن لقيته ذلك الخلاف في الحمل إذا نقش بعد النفقة عليه، وذكر في المدونة من الأشياء التي فسادها في الصداق الجنين في بطن أمه ثم قال وما هلك بيد الزوجة ضمنته ولا تضمنه قبل قبضه وتكون مصيبتها من الزوج وما قبضت ثم تغير في يدها في بدن أو سوق فقد فات وترد القيمة فيما له قيمة والمثل فيما له مثل وأقام عياض من مسألة الجنين أن يبيع التفرقة بقيمة حوالة الأسواق.

(وما فسد من النكاح لعقده وفسخ بعد البناء ففيه المسمى):

قال الشيخ أبو الحسن اللخمي كل نكاح أجمع على فساده فإنه يفسخ أبدًا وكل نكاح اختلف فيه، فإن كان فساده لعقده فسخ قبل البناء وفي فسخه بعده خلاف كنكاح المريض والمحرم ومثله نقل ابن شاس.

وقال ابن الحاجب: وما اختلف فيه فإن كان بنص أو سنة أو لحق الورثة فكذلك يعني يفسخ أبدًا اتفاقًا فإن لم يكن كذلك، فإن كان لخلل في عقده ففي فسخه بعد الدخول قولان، واعترضه بعض شيوخنا من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن نكاح المريض مختلف فيه كما سبق.

الثاني: أن قوله وإن كان لنص أو سنة خلاف إطلاق الشيوخ وظاهر الروايات الحكم في المختلف فيه مطلقًا.

الثالث: أن وجود النص فيه بالقرآن أو السنة ينفي القول بجوازه.

(وتقع به الحرمة كما تقع بالنكاح الصحيح ولكن لا تحل به المطلقة ثلاثًا ولا يحصن به الزوجان):

اعلم أن النكاح المختلف في صحته وفساده بين أهل العلم والمذهب قائل بفساده فإنه يعتبر عقدة في التحريم كما يعتبر العقد الصحيح المتفق عليه احتياطًا فتحرم به على الآباء والأبناء وتحرم أمهات النساء، وكذلك يعتبر وطؤه من باب أحرى فتحرم الربيبة.

ثم اعلم أنه اختلف المذهب هل يراعي كل خلاف أو لا يراعى إلا الخلاف المشهور، وعلى الثاني فقيل هو ما كثر قائله وقيل ما قوي دليله.

قال ابن عبد السلام: والذي ينبغي أن يعتقد من ذلك، وهو الذي تدل عليه مسائل المذهب أن الإمام رحمه الله تعالى - يعني به مالكًا- إنما يراعي من الخلاف ما قوي دليله فإذا تحقق فليس بمراعاة الخلاف البتة وإنما هو إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض والله أعلم.

وقد أجاز رحمه الله تعالى الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت وأكثرهم على خلافه وأباح بيع ما ليس فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب إلى غير ذلك من المسائل ولم يراع في ذلك خلاف الجمهور وهذا مما يدل على أن المراعى عنده إنما هو الدليل لا كثرة القائل والله أعلم.

وأما كل نكاح مجمع على فساده فإن كان مما يدرأ الحد فيه فإن وطأه معتبر ولا يعتبر العقد على المشهور، وقيل: يعتبر قاله ابن القاسم في المدونة.

وقال ابن عبد السلام وهو قول ابن الماجشون، واعترضه بعض شيوخنا بأنه خلاف ما نقل الباجي عنه في قوله ما حرم بالكتاب أو بالسنة كخامسة أو معتدة أو المرأة على أختها أو خالتها لغو وإن كان مما لا يدرأ حده فعكس ما قبله لا يعتبر عقده باتفاق وفي الوطء قولان وهما كالخلاف في الزنى هل يحرم الحلال أم لا؟

(وحرم الله سبحانه من النساء سبعًا بالقرابة وسبعًا بالرضاع والصهر فقال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] فهؤلاء من القرابة):

قال ابن الحاجب: والقرابة هي السبع في قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣]، وهي أصوله وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا، قال الشيخ ابن عبد السلام: اعلم أن كل من له عليك ولادة بمباشرة أو بدرجة فأكثر فهو أصلك وكل من لك عليه ولادة بمباشرة أو بدرجة فهو فصلك فيدخل في الأول الأم باعتبار ولدها وأمها وإن علت، وكذلك الأب باعتبار ابنه وأبيه وإن علا فهذا مراد المؤلف بأصوله وفصوله، وقد علمت من هذا أن أول أصوله هو من باشره بالولادة وذلك هو الأب والأم وفصولهما هو الأخ والأخت من أي جهة كانا وأولادهما.

وهذا معنى قول المؤلف وفصول أول أصوله وهم بنو أبيه وبنو أمه وإن سفلوا؛ لأنهم أولاد أبيه ثم قوله وأول فصل من كل أصل وإن علا يعني أول فصل خاصة من كل أصل ما عدا الأصل الأول لأن الأصل الذي يلي الأصل الأول هو الجد الأقرب والجدة القربى، وإن الأول عم أو خال أو عمة أو خالة وابنة الجدة الموصوفة وابنها كذلك وهم أول الفصول والتحريم مقصور عليهم، وأما أولادهم فهم حلال لأنهم إما أولاد عم أو أولاد عمة أو أولاد خال أو أولاد خالة وأولاد أولادهم، ورأى بعض شيوخنا أن عبارة ابن الحاجب فيها طول فقال هي فرعه وأصله وأقرب فرعه وأبعد أقربه.

واختلف المذهب في تحريم المخلوقة من مائة على وجه الزنى والمشهور أنها تحرم عليه وبه قال أبو حنيفة.

وقال ابن الماجشون: لا تحرم عليه قال سحنون هو خطأ صراح وبقول ابن الماجشون قال الشافعي قال ابن عبد السلام وهو الأقرب لأنها لو كانت بنتا لحصلت لها أحكام البنت من الميراث وولاية الإجبار ووجوب النفقة وجواز الخلوة بها وحمل الجناية عنها إلى غير ذلك، واللازم باطل انظر تمامه ولولا الإطالة لذكرناه.

(واللاتي من الرضاع والصهر قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَ ﴾ [النساء: ٢٣]، وقال تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٢٢] وحرم النبي عليه السلام بالرضاع ما يحرم من النسب):

ظاهر كلام الشيخ أن أمهات النساء يحرمن سواء دخل بالبنت أم لا وسواء طلق البنت أو ماتت وهو كذلك باتفاق المذهب، وحكي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وزيد بن ثابت وابن عمر وابن الزبير وجابر وإحدى الروايتين عن ابن عباس أنها لا تحرم إلا بدخول البنت وحكي عن زيد أنه إن طلق البنت لم تحرم وفي الموت تحرم، ومذهبنا أن الربيبة تحرم على من دخل بأمها وإن لم تكن في حجره، وحكي عن علي أنه إذا طلق البنت لم تحرم وركن إليه ابن عبد السلام بقوله هو ظاهر الآية لأنها مقيدة بوصفين:

أحدهما: كون الأم مدخولا بها.

والثاني: كون البنت في حجره والحكم المعلل بعلة مركبة لا يثبت إلا بعد حصول جميع أجزائها ويقوي اعتبار هذا القيد ما وقع في الصحيح وقد عرض على رسول الله ﷺ نكاح ربيبته بنت أم سلمة، فقال: «**لو لم تكن ربيبتي في حجري ما حلت لي إنها لابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وأباها ثويبة**» فانظر كيف ذكر هذا الوصف كما هو مذكور في الآية، ولو كان ملغي لما تكرر ذكره في الكتاب والسنة والله أعلم.

والمشهور أن أمة الابن لا تحرم على الأب حتى يطأها الابن أو يتلذذ بها، وقال الشافعي تحرم عليه ومثله لابن حبيب حسبما نذكره إن شاء الله تعالى بعد، وسبب الخلاف هل يصدق عليها بالملك أنها حليلة أم لا يصدق عليها إلا بعد الاستمتاع.

(ونهى أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها فمن نكح امرأة حرمت بالعقد دون أن تمس على آبائه وأبنائه وحرمت عليه أمهاتها ولا تحرم عليه بناتها حتى يدخل بالأم):

ما ذكر الشيخ صحيح وقاس عليه أصحابنا غيرهما وضابطه ما قاله بعض المتقدمين كل امرأتين يمنع نكاحهما لو كانت إحداهما ذكرا وانتقض عليه بصورتين وهما الجمع بين المرأة وأم زوجها والمرأة مع ابنة زوجها فإنه جائز فزيد في الحد المذكور من القرابة فيتخرج بذلك الصورتان فإنهما أجنبيتان وقيل ضابطه كل امرأتين بينهما من القرابة والرضاع ما يمنع نكاحهما أن لو كانت إحداهما ذكرا فإن جمع بينهما في عقد فسخ فيهما ولا مهر إن لم يبن ولمن بنى منهما مهرها.

قال الشيخ أبو الطاهر: هذا مع عدم العلم بالتحريم وأما مع العلم به ففي كونه كمحض زنا في هذا الأصل قولان ويجري عليهما نفي الصداق وثبوته، وأما إذا كان

تزويجهما في عقدين فإن علمت الأولى منهما فسخ نكاح الثانية وثبتت الأولى في غير الأم وابنتها باتفاق وأما فيهما ففيه كلام يطول جلبه وإن جهلت الأولى فسخ فيهما وإن ادعى الزوج تعيينهما فقال محمد بن المواز: يصدق ويفارق الأخرى وعارضها اللخمي بقول: نكاح المدونة لا تصدق المرأة إذا تزوجها رجلان جهل أولهما.

وفرق ابن بشير بينهما بوجهين أحدهما: أن عدم تصديق الزوجة للتهمة، الثاني: أن الزوج قادر على فسخ النكاح وابتدائه ورده بعض شيوخنا بأنه أيضًا يتهم لاحتمال خوف عدم إصابته من يريد نكاحها منهما بعد الفسخ ولأنها قادرة على الفسخ لعدم تعيينها.

(أو يتلذذ منها بنكاح أو ملك يمين أو بشبهه من نكاح أو ملك):

ظاهر كلام الشيخ سواء كانت لذة بقبلة أو نظرة أو مباشرة وهو كذلك فأما النظرة فاختلف فيها على ثلاثة أقوال: أحدها ما تقدم وهو المشهور وقال ابن القصار نظره إلى وجهها أو غيره من جسدها لا يحرمها.

وعزاه ابن رشد لابن شعبان قال: وروى ابن وهب إيجابه الكراهة وذكر ابن بشير قولين في غير النظر للوجه قال، وأما النظر له فهو لغو باتفاق وخصص ابن الحاجب الخلاف بباطن الجسد فقال والمشهور أن اللذة بالمباشرة والقبلة، والنظر لباطن الجسد كالوطء في تحريم البنت.

قال ابن عبد السلام: وهو خلاف ظاهر الروايات قال ابن حبيب ومن تلذذ بأمته بتقبيل أو تجريد أو ملاعبة أو مغامزة أو نظر إلى شيء من محاسنها نظر شهوة حرم على أبيه وابنه التلذذ بشيء منها ورواه أيضًا محمد عن مالك، وزاد وكذلك إن نظر إلى ساقها ومعصمها تلذذ وأما القبلة والمباشرة فقد تقدم كلام ابن الحاجب فيهما، وأنه حكى الخلاف فيهما كالنظر.

قال ابن عبد السلام: ولا أعرف القول الشاذ في المذهب نعم هو قول الشافعي والحسن.

قلت: ومثله لبعض شيوخنا وأجابهما شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى بأن ابن عبد البر ذكره في الكافي رواية عن مالك.

قال ابن حبيب: لا يحل لأحد مسيس جارية ملكها أبوه وابنه الذي بلغ مبلغ من يتلذذ بالجواري خيفة أن يكون قد مسها. قال ابن عبد السلام: وفيما قاله نظر وينبغي

أن يكون المنع على الاحتياط لا على اللزوم.

(ولا يحرم بالزنا حلال):

اختلف المذهب في وطء الزنا هل ينشر الحرمة أم لا؟ على ثلاثة أقوال: فقيل إنه لا ينشر الحرمة كما قال الشيخ قاله مالك في الموطأ وبه قال جميع أصحابه وهذا القول مذكور في المدونة، وزعم ابن عبد السلام أنه المشهور وقيل إنه ينشر الحرمة كالصحيح قاله في سماع أبي زيد ورواه ابن حبيب في واضحته قائلاً: رجع مالك عما في الموطأ إلى التحريم وأفتى به إلى أن مات وقيل: إنه ينشر الكراهة رواه ابن المواز وهذان القولان مؤولان معًا على المدونة فتأولها اللخمي وابن رشد في البيان على الكراهة وتأولها غيرهما على التحريم.

قال عياض: والأكثرون على الكراهة قال في الأمهات في موضع لا أحب وفي آخر لا ينبغي وفي آخر أكرهه وفي آخر فليفارقها، وقال في التهذيب: ومن زنى بأم زوجته أو ابنتها حرمت عليه زوجته.

قلت: وتعقب غير واحد اختصاره لما ذكر وأما إذا كان الوطء مستنداً إلى شبهة كمن وطئ أجنبية يظنها زوجته فإنه ينشر الحرمة في المشهور.

وعن سحنون لا أثر له قال ابن عبد السلام: وهذا الخلاف إنما هو على القول بأن الزنا لا يحرم وأما على أنه يحرم فلا شك أن وطء الاشتباه يحرم وعلى الأول لو حاول أن يلتذ بزوجته فوضع يده على ابنتها فالتذ فالجمهور على الفراق، وقيل: لا أثر له قاله ابن القاسم وبه قال سعيد ابن أخي هشام، وأبو القاسم بن شبلون وأبو محمد بن أبي زيد في أحد قوليه وهو مقتضى قول سحنون واختاره الشيخ أبو القاسم بن محرز وألف فيها تأليفًا، واعتمد المازري عليه في تأليفه المسمى بكشف الغطا عن لمس الخطا، وعلى الأول فذلك محمول على وجوب الفراق والإجبار عليه عند الأكثر ورأى القابسي وأبو عمر أن ذلك على وجه الاستحباب لا على الإجبار وهو مذهب أبي الطيب عبد المنعم فإنه أمر بالفراق وتوقف في الإجبار وذهب بعض فقهاء صقلية إلى أن لمس الإبنة ينشر الحرمة وإن لم يلتذ إذا كان أصل لمسه لقصد اللذة.

قال المازري: وهو ضعيف لا يتخرج على الأصل ولا ينبني على تحقيق.

قلت: بل له أصل وهو نقض الطهارة به وإن كانت الطهارة أيسر.

(وحرم الله سبحانه وطء الكوافر ممن ليس من أهل الكتاب بملك أو نكاح) [(١)]:

---

(١) نكاح أهل الشرك وأهل الذمة وطلاقهم قلت: أرأيت نكاح أهل الشرك وطلاقهم إذا أسلموا أتجيزه فيما بينهم في قول مالك؟ قال: كل نكاح يكون في الشرك جائزًا فيما بينهم فهو جائز إذا أسلموا عليه وكان قد دخل بها ولا يفرق بينهما لأن نكاح أهل الشرك ليس كنكاح أهل الإسلام قلت: فإن كانا أسلما قبل أن يدخل بها أتحملهما على سنة المسلمين في الصداق فإن كان ذلك مما لا يحل له أخذه مثل الخنزير والخمر رأيت النكاح ثابتا وكان ذلك كالمسلمة تزوجت بالتفويض وكأنهما في نصرانيتهما لم يسم لها من الصداق في أصل النكاح شيئًا؟ فقال: يقال للزوج أعطها صداق مثلها إن أحببت وإلا فرق بينهما ولم يكن عليه أن يلزم ذلك وما كان في شروطهم من أمر مكروه فإنه يثبت من ذلك ما كان يثبت في الإسلام فيفسخ من ذلك ما كان يفسخ في الإسلام وما كان من شروط لها من طلاق إن تزوج عليها أو شرط في عتق فإن ذلك لا يلزمه كان ذلك في طلاق فيها أو في غيرها وما كان من شرط فيها أيضًا مثل أن خرج بها أو منعها من أهلها أو أخرجها إلى بلد فهي طالق فهذا كله يسقط عنه ولا يثبت عليه ومثل ما لو اشترط أن لا نفقة عليه أو عليه من قوتها كذا وكذا أو فساد في صداق فإن هذا وما أشبهه يردان فيه إلى ما يثبت في الإسلام وليست تشبه المسلمة إذا لم ين بها لأن المسلمة إذا لم يبن بها فرق بينهم لشروطهم التي لا تحل لأن العقدة وقعت بما لا يحل فنكاح أهل الشرك إذا وقع بما لا يحل من الشروط ثم أسلما لم يكن ذلك فسادا لنكاحهم.
قلت: أرأيت لو أن ذميا تزوج امرأة ذمي ولم يفارقها الزوج الأول عندهم فرفعها ورفعه زوجها الأول إلى حكم المسلمين أترى أن ينظر فيما بينهما في قول مالك؟ قال: قال مالك: إذا تظالم أهل الذمة في ما بينهم منعهم من ذلك حكم المسلمين وهذا من التظالم فيما بينهما فأرى أن يحكم بينهم ويدفع الظلم عمن ظلم منهم ذمي ظلمه أو غير ذمي قلت: أرأيت الذميين الصغيرين إذا تزوجا بغير إذن الآباء أو زوجهما غير الآباء فأسلما بعدما كبرا أيفرق بينهما أويقرهما على نكاحهما؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا وأرى نكاحهما جائزًا ولا ينبغي أن يعرض لأهل الذمة إذا أسلموا في نكاحهم لأن في نكاح أهل الشرك أشر من هذا نكاحهم ليس كنكاح أهل الإسلام فإذا أسلموا لم يعرض لهم في نكاحهم إلا أن يكون تزوج من لا تحل له فيفرق بينهما قلت: أرأيت إن طلق الذمي امرأة ثلاثًا وأبى أن يفارقها وأمسكها فرفعت أمرها إلى السلطان أترى أن ينظر فيما بينهما أم لا؟ قال: قال مالك: لا يعرض لها في شيء من ذلك قال: وقال مالك: ولا يحكم بينهما إلا أن يرضيا جميعا قال مالك: فإذا رضيا فالقاضي مخير إن شاء حكم وإن شاء ترك فإن حكم حكم بحكم أهل الإسلام قال مالك: وأحب إلي أن لا يحكم بينهم قال مالك: وطلاق أهل الشرك ليس بطلاق وقال مالك في النصراني يطلق امرأته ثلاثًا ثم يتزوجها ثم يسلمان أنه يقيم عليها على نكاحهما قال مالك: ليس طلاقه بطلاق قلت: أرأيت أهل الذمة إذا كانوا يستحلون في دينهم نكاح الأمهات والأخوات وبنات الأخ أتخليهم وذلك؟ قال: أرى أنه لا يعرض لهم في دينهم وهم على ما =

ما ذكر هو المعروف من المذهب ونقل اللخمي عن ابن القصار عن بعض أصحابه على القول بأن لهم كتابًا تجوز مناكحتهم واختلف في الصابئة والسامرية فعلى أن الصابئين من النصارى والسامرية من اليهود يجوز وعلى نفيه نفيه.

(ويحل وطء الكتابيات بالملك ويحل وطء حرائرهن بالنكاح ولا يحل وطء إمهائهن بالنكاح لحر ولا لعبد):

ما ذكره متفق عليه في المذهب، وقال أبو عمر لا يجوز محتجا بقوله تعالى:

= عوهدوا عليه فلا يمنعوا من ذلك إذا كان ذلك مما يستحلون في دينهم قلت: ويمنعوا من الزنا في قول مالك؟ قال: قال مالك: يؤدبوا عليه إن أعلنوا به. يونس عن ربيعة أنه قال: لا تحصن نصرانية بمسلم وإن جاز له نكاحهم ولا يحصن من كان على غير الإسلام بنكاحه وإن كانوا من أهل الذمة بين ظهراني المسلمين حتى يخرجوا من دينهم إلى الإسلام ثم يحصنون في الإسلام قد أقروا بالذمة على ما هو أعظم من نكاح الأمهات والبنات على قول البهتان وعبادة غير الرحمن قلت: أرأيت السباء هل يهدم نكاح الزوجين في قول مالك؟ قال: سمعت مالكًا يقول في هذه الآية ﴿ ۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٤] هي النساء والسبايا اللاتي لهن أزواج بأرض الشرك فقد أحلهن الله لنا.

قال ابن القاسم: فالسبي قد هدم النكاح ألا ترى أن السبي لو لم يهدم النكاح لم يحل لسيدها أن يطأها بعد الاستبراء إذا لم تسلم وكانت من أهل الكتاب وكذلك قال أشهب أيضًا أن السبي يهدم النكاح قلت: أرأيت لو قدم زوجها بأمان أو سبي وهي في استبرائها أتكون زوجة الأول أم قد انقطعت العقدة بالسبي؟ قال: قد انقطعت العقدة بالسبي وليس الاستبراء ههنا بعدة إنما الاستبراء ههنا من الماء الفاسد الذي في رحمها بمنزلة رجل ابتاع جارية فهو يستبرئها بحيضة ولو كانت عدة لكانت ثلاث حيض فليس لزوجها عليها سبيل قلت له: سمعت هذا من مالك؟ قال: لا وهو رأيي قلت: فلو كانت خرجت إلينا مسلمة ثم أسلم زوجها بعدها وهي في عدتها أكنت تردها إليه على النكاح؟ قال: نعم هذا الذي بلغنا عن رسول الله ﷺ في اللائي ردهن على أزواجهن وهو قول مالك وذلك لأن هذه في عدة ولم تبن من زوجها وإنما تبين منه بانقضاء عدتها ولم تصر فيئا فيكون فرجها حلالا لسيدها وهذه حرة وفرجها لم يحل لأحد وإنما تنقطع عدة زوجها بانقضاء العدة قلت: أرأيت لو أن حربية خرجت إلينا مسلمة أتنكح مكانها؟ قال: لا قلت: فيصنع ماذا؟ قال: تنتظر ثلاث حيض فإن أسلم زوجها في الحيض الثالث كان أملك وإلا فقد بانت منه وكذلك جاءت الآثار والسنن في أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك ذكر مالك أن من أسلم منهم قبل أن تنقضي عدة امرأته وقد أسلمت فهاجرت فأسلم زوجها في عدتها كان أحق بها. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٢/٢٢٣).

﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾ [البقرة: ٢٢١] ولا أعظم شركًا من قولها أن ربها عيسى وتمسك الجمهور بقوله تعالى: ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ﴾ [المائدة: ٥] إلى قوله: ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ ﴾ [المائدة: ٥].

وفي المدونة يجوز للمسلم نكاح الحرة الكتابية وإنما كرهه مالك ولم يحرمه لما تتغذى به من خمر وخنزير وتغذي به ولدها وهو يقبل ويضاجع.

قال ابن عبد السلام: فنسبة ابن القاسم الكراهة لمالك تدل على أن ذلك عنده ليس بمكروه.

قلت: ولم يرتضه بعض من لاقيناه وقيل في علة الكراهة: خشية أن تموت حاملا، والجنين في بطنها ابن مسلم فتدفن به في مقابر الكفار وهي حفرة من حفر النار.

وقيل: لأنه يوجب مودة لقوله تعالى: ﴿ وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [الروم: ٢١] مع قوله تعالى ﴿ لَّا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ يُوَآدُّونَ مَنْ حَآدَّ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ [المجادلة: ٢٢] إلى آخره وكلاهما حكاه المتيطي قال في المدونة: وليس له منعها من التغذي بالخمر والخنزير ولا من الذهاب إلى الكنيسة وقال إبراهيم في كتاب طلاق السنة عن محمد بن المواز: وله منعها من ذلك إلا من الذهاب للكنيسة لفريضتها ولا يمنعها صومها ولا يطؤها وهي صائمة لأن صومها من دينها وليس شرب الخمر وأكل الخنزير منه، وروي عن مالك غير هذا، وأظنه وهما وما أخبرتك به هو أحب إلي، وقاله ابن وهب قال: لأنها كما رضيت أن يملكها مسلم كان له منعها من ذلك.

(ولا تتزوج المرأة عبدها ولا عبد ولدها ولا الرجل أمته):

قال في المدونة: ولا مكاتبها وهو عبدها ما دام في حال الأداء ولا بأس أن يرى شعرها إن كان وغدا وكذلك عبدها وإن كان لغيرها فيه شركة فلا، ونقل اللخمي عن ابن عبد الحكم أنه لا يراها وإن كان وغدا ولا يخلو معها في بيت، وكذلك اختلف في عبد زوجها وعبد الأجنبي هل يدخل عليها ويرى شعرها أم لا؟ واختلف أيضًا في العبد الخصي، قال ابن القاسم والوغد الذي لا منظر له ولا خطب.

(ولا أمة ولده وله أن يتزوج أمة والده وأمة أمه وله أن يتزوج بنت امرأة أبيه من رجل غيره وتتزوج المرأة ابن زوجة أبيها من رجل غيره):

ما ذكر أنه لا يتزوج أمة ولده هو المشهور من المذهب وأجازه ابن عبد الحكم على كراهة في ذلك وإن وقع لم يفسخ.

قال ابن رشد: وهو ينحو إلى ما روي عن مالك في عبد سرق من مال ابن سيده أنه تقطع يده وأجاز في العتبية أنه يتزوج الرجل أمة زوجته، وعن ابن كنانة كراهته وهذا في جارية ملكتها ولم تكن من صداقها، وأما جارية الصداق فيجوز له ذلك فيها بعد الدخول ومنع منه في العتبية قبل الدخول.

وقال ابن رشد: إنه يجري على الخلاف في حده أن لو زنى بها حينئذ وضعفه ابن عبد السلام للشبهة فلا يلزم من نفي الحد تزويجها يريد لقوله ﷺ: «**ادرءوا الحدود بالشبهات**».

(ويجوز للحر والعبد نكاح أربع حرائر مسلمات أو كتابيات):

يريد أن الزيادة على أربع زوجات حرام بإجماع من أهل السنة، وحكي عن بعض المبتدعة جواز ذلك.

قال ابن عبد السلام: فمن الأئمة من نسب إليهم من غير حصر، ومنهم من بلغ به إلى التسع خاصة، ولا حجة لهم في قوله: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٣] الآية، لأن المعنى في لسان العرب فانكحوا ما طاب لكم من النساء اثنتين اثنتين وثلاثًا ثلاثًا وأربعًا أربعًا هذا هو موضوع هذه الألفاظ في اللسان فالآية حجة للجمهور لا عليهم ولا حجة لهم أيضًا في أنه ﷺ توفي عن تسع لأن ذلك من خصائصه بالدلائل الدالة عليه وهو حديث غيلان الثقفي.

وأما تزويج الاثنين فما دون فمباح في حق العبد والحر، وأما الثالثة والرابعة فيباحان في حق الحر باتفاق وكذلك في حق العبد على المشهور وقيل: إنهما في حقه ممنوعان نقله أبو محمد عن رواية ابن وهب، قال ابن عبد البر: وهو القياس على تشطير حده وطلاقه وعزا غير واحد كابن الحاجب هذا القول لابن وهب لا لروايته.

وفي النوادر: روى أشهب في نكاحه، أربعًا وقال إنا نقول ذلك وما أدري ما هو؟ قال بعض شيوخنا: وهذا يقتضي الوقف والتقليد فلعله يريد ما أدري ما سبق لي من دليل ترجيح دخوله في عموم قوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ ﴾ [النساء: ٣] على قياسه على تنصيف حده.

(وللعبد نكاح أربع إماء مسلمات وللحر ذلك إن خشي العنت ولم يجد للحرائر

طولا):

ما ذكر من أن العبد له تزويج الأمة المسلمة هو كذلك باتفاق لأن الأمة من نسائه وشرط في الحر ثلاثة شروط شرط في المنكوحة وهي كونها مسلمة وشرطان في الناكح وهما أن يخشى العنت ولم يجد للحرائر طولا وهو كذلك في مشهور المذهب.

وقيل: بإلغاء الشرطين الأخيرين وهو أحد قولي مالك وابن القاسم، قال الباجي في شرح الموطأ: العنت الزنا.

وقال أصبغ: قال ربيعة وهو من أوعية العلم: هو الهوى واختلف في الطول على خمسة أقوال، فقيل: قدر ما يتزوج به الحرة قاله في المدونة وقيل: ويشتري به أمة نقله ابن الحاجب وسلمة ابن عبد السلام، وقال بعض شيوخنا لا أعرفه لكن هو مقتضى علة رقاق الولد واشترط ابن حبيب أن يكون قادرا على النفقة مع ذلك، وقيل: الطول وجود الحرة في عصمته لا الأمة، وقيل: الأمة وقيل: قدر ما يتوصل به إلى دفع العنت وعلى الأول فنقل ابن الحاجب أنه يشترط في الحرة أن تكون مسلمة قال ابن عبد السلام وهو خلاف المدونة بل خلاف الاتفاق على ما حكى بعضهم.

قلت: ما ذكر ابن الحاجب مثله لابن العربي في الأحكام فلا غرابة فيه وحيث يباح له تزويج الأمة ففي جواز الزيادة عليها لأربع قولان حكاهما ابن بشير.

(وليعدل بين نسائه)[1]:

---

(١) في القسم بين الزوجات قلت: أرأيت المرأتين إذا كانتا تحت الرجل أيصلح أن يقسم يومين لهذه ويومين لهذه أو شهرا لهذه وشهرا لهذه؟ قال: لم أسمع مالكًا يقول إلا يومًا لهذه ويومًا لهذه قال ابن القاسم: ويكفيك ما مضى من رسول الله في هذا وأصحابه ولم يبلغنا عن أحد منهم أنه قسم إلا يومًا هاهنا ويومًا هاهنا قال ابن القاسم: وقد أخبرني مالك أن عمر بن عبد العزيز كان ربما غاضب بعض نسائه فيأتيها في يومها فينام في حجرتها فلو كان ذلك يجوز أن يقسم يومين هاهنا ويومين هاهنا أو أكثر من ذلك لأقام عمر عند التي هو عنها راض حتى إذا رضي عن الأخرى وفاها أيامها فهذا يدلك على ما أخبرتك قلت: أرأيت الرجل يتزوج البكر كم يكون لها من الحق أن يقيم عندها ولا يحسبه عليها في القسم بين نسائه؟ قال: قال مالك: سبعة أيام قلت: وذلك بيدها أو بيد الزوج إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل؟ قال: ذلك لها حق لازم وليس ذلك بيد الزوج قال: ولقد كان بعض أصحابنا ذكر عن مالك أنه قال: إنما ذلك بيد الزوج فكشفت عن ذلك فلم أجده إلا حقًا للمرأة ومما يدلك على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم لأم سلمة وقول أنس بن مالك للبكر سبع وللثيب ثلاث فأخبروك في حديث =

أنس بن مالك أن هذا للنساء ليس للرجال ومما صنع النبي صلى الله عليه وسلم حين خير أم سلمة فهذا يدلك أن الحق لها ولولا ذلك ما خيرها.

قلت: أرأيت الثيب كم يكون لها؟ قال: ثلاث قلت: وهو لها مثل ما وصفت في قول مالك؟ قال: نعم سحنون عن أنس بن عياض أن عبد الرحمن بن حميد بن عبد الرحمن بن عوف حدثه عن عبد الملك بن الحارث بن هشام قال: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة بنت أبي أمية أقام عندها ثلاثًا ثم أراد أن يدور فأخذت بثوبه فقال ما شئت إن شئت زدتك ثم قاصصتك به بعد اليوم ثم قال رسول الله ﷺ:ثلاث للثيب وسبع للبكر مالك عن حميد الطويل عن أنس بن مالك بذلك ابن وهب عن رجال من أهل العلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص وعطاء وزبان بن عبد العزيز مثله وقال عطاء وزبان هي السنة قلت: أرأيت إن سافر بإحداهن في ضيعته وحاجته أو حج بإحداهن أو اعتمر بها أو غزا بها ثم قدم على الأخرى فطلبت منه أن يقيم عندها عدد الأيام التي سافر مع صاحبتها؟ قال: قال مالك: ليس ذلك لها ولكن يبتدىء القسم بينهما ويلغي الأيام التي كان فيها مسافرا مع امرأته إلا في الغزو قال: لم أسمع مالكًا يقول فيه شيئًا إلا أنه قد ذكر مالك وغيره أن رسول الله ﷺ كان يسهم بينهن فأخاف في الغزو أن يكون عليه أن يسهم بينهن وأما رأيي فذلك كله عندي سواء الغزو وغيره يخرج بأيهن شاء إلا أن يكون خروجه بإحداهن على وجه الميل لها على من معها من نسائه ألا ترى أن الرجل قد تكون له المرأة ذات الولد وذات الشرف وهي صاحبة ماله ومدبرة ضيعته فإن خرج بها فأصابها السهم ضاع ذلك من ماله وولده ودخل عليه في ذلك ضرر ولعل معها من ليس لها ذلك القدر ولا تلك الثقة وإنما يسافر بها لخفة مؤنتها ولقلة منفعتها فيما يخلفها له من ضيعته وأمره وحاجته إليها وفي قيامها عليه فما كان من ذلك على غير ضرر ولا ميل فلا أرى بذلك بأسا.

قلت: أرأيت إن سافرت هي إلى حج أو عمرة أو ضيعة لها وأقام زوجها مع صاحبتها ثم قدمت فابتغت أن يقسم لها عدد الأيام التي أقام مع صاحبتها؟ قال: قال مالك: لا شيء لها

قلت: أرأيت إن جار متعمدًا فأقام عند إحداهما شهرا فرفعته الأخرى إلى السلطان وطلبت منه أن يقيم عندها بقدر ما جار به عند صاحبتها أيكون ذلك لها أم لا وهل يجبره السلطان على أن يقيم عندها عدد الأيام التي جار فيها؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا إلا أني أرى أن يزجر عن ذلك ويستقبل العدل فيما بينهما فإن عاد نكل ولقد سألت مالكًا عن العبد يكون نصفه حرًا ونصفه مملوكًا فيأبق عن سيده إلى بلاد فينقطع عنه عمله الذي كان للسيد فيه ثم يقدر عليه فيريد السيد أن يحاسبه في الأيام التي غيب نفسه فيها واستأثر بها لنفسه قال مالك: ليس ذلك عليه وإنما يستقبل الخدمة بينه وبين سيده من يوم يجده فهذا يبين لك أمر المرأتين وهذا كان أحرى أن يؤخذ منه تلك الأيام التي غيب نفسه فيها لأنه حق للسيد.

قلت: وما علة مالك ههنا حين لم يحسب ذلك على العبد؟ قال: قال مالك: هو إذا عبد كله

قلت: أرأيت لو أن رجلاً كانت عنده امرأة فكرهها فأراد فراقها فقالت: لا تفارقني واجعل أيامي كلها لصاحبتي ولا تقسم لي شيئًا أو تزوج علي واجعل أيامي كلها للتي تتزوج؟ قال:

=
قال مالك: لا بأس بذلك ولا يقسم لها شيئًا قلت: أرأيت إن أعطته هذا ثم شحت عليه بعد ذلك فقالت افرض لي؟ قال: ذلك لها متى ما شحت عليه قسم لها أو يفارقها إن لم يكن له بها حاجة وهذا رأيي قال: فقلنا لمالك فالمرأة يتزوجها الرجل ويشترط عليها أنه يؤثر من عنده عليها يقول لها على هذا أتزوجك ولا شرط لك علي في مبيتك؟ قال: لا خير في هذا النكاح وإنما يكون هذا الشرط بعد وجوب النكاح في أن يؤثر عليها فيخيرها في أن تقيم أو يفارقها فيجوز هنا فأما من اشترط ذلك فى عقدة النكاح فلا خير في ذلك قلت: أرأيت إن وقع النكاح على هذا؟ قال: أفسخه قبل البناء بها وإن بنى بها أجزت النكاح وأبطلت الشرط وجعلت لها ليلتها قلت: أرأيت إن كانت عنده زوجتان فكان ينشط في يوم هذه للجماع ولا ينشط في يوم هذه أيكون عليه في هذا شيء أم لا في قول مالك؟ قال: أرى ما ترك من جماع إحداهما وجامع الأخرى على وجه الضرر والميل أن يكف عن هذه لمكان ما يجد من لذته في الأخرى فهذا الذي لا ينبغي له ولا يحل فأما ما كان من ذلك فيما لا ينشط الرجل ولا يتعمد به الميل إلى إحداهما ولا الضرر فلا بأس بذلك قلت: ففي قول مالك هذا أن الرجل لا يلزمه أن يعدل بينهما في الجماع؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت القسم بين الأحرار المسلمات والإماء المسلمات وأهل الكتاب سواء قول مالك؟ قال: نعم قلت: ويقسم العبد بين الأمة والحرة والذمية من نفسه بالسوية في قول مالك؟ قال: نعم قلت: أرأيت رجلاً صائم النهار وقائم الليل سرمد العبادة فخاصمته امرأته في ذلك أيكون لها عليه شيء أم لا في قول مالك؟ قال: أرى أنه لا يحال بين الرجل وبين ما أراد من العبادة ويقال له ليس لك أن تدع امرأتك بغير جماع فأما إن جامعت وإما فرقنا بينك وبينها قال ابن القاسم: إلا أني سألت مالكًا عن الرجل يكف عن جماع امرأته من غير ضرورة ولا علة؟ قال مالك: لا يترك لذلك حتى يجامع أو يفارق على ما أحب أو كره لأنه مضار فهذا الذي يدلك على الذي سرمد العبادة إذا طلبت المرأة منه ذلك أن عبادته لا يقطع عنها حقها الذي تزوجها عليه من حقها في الجماع قلت: أرأيت الصغيرة التي قد جومعت والكبيرة والبالغة أيكون القسم بينهما سواء في قول مالك؟ قال: نعم قلت: أرأيت من كانت تحته رتقاء أو من بها داء لا يقدرعلى جماعها مع ذلك الداء وعنده أخرى صحيحة أيكون القسم بينهما سواء في قول مالك؟ قال: قال مالك في الحائض والمريضة التي لا يقدر على جماعها أنه يقسم لها ولا يدع يومها وكذلك مسألتك قلت: أرأيت إن كان الرجل هو المريض أيقسم في مرضه بينهما بالسوية؟ قال: سألت مالكًا عن المريض يمرض وله امرأتان فقلت له أيبيت عند هذه ليلة وعند هذه ليلة؟ قال مالك: إن كان مرضه مرضًا يقوى على أن يختلف فيما بينهما رأيت ذلك عليه وإن كان مرضه مرضًا قد غلبه أو يشق عليه ذلك فلا أرى بأسًا أن يقيم حيث شاء ما لم يكن ذلك منه ميلا قال: فقلنا لمالك: فإن صح أيعدل؟ قال: يعدل فيما بينهما القسم يبتدئه ولا يحسب للتي لم يقم عندها ما أقام عند صاحبتها قال: نعم قلت: أرأيت المجنونة والصحيحة في قول مالك في القسم بينهما سواء؟ قال: نعم سواء.
=

يريد فيما يرجع إلى ذاته وماله لا أنه ليس عليه المساواة في الجماع ما لم يقصد توفير نفسه لينشط للأخرى، قال ابن رشد في رسم الأقضية، الثاني من سماع أشهب وابن نافع يقضي على الرجل أن يسكن كل واحدة بيتا ويقضي عليه أن يدور عليهن في بيوتهن ومثله للخمي وقال ابن شعبان في زاهيه من حق كل واحدة انفرادها بمنزل منفرد بمرحاض وليس عليه إبعاد الدارين.

وسمع ابن القاسم لا بأس أن يكسو إحداهما الخز ويحليها دون الأخرى إن لم يكن مليا، قال ابن رشد وهذا معروف في مذهب مالك وأصحابه أنه إن أقام لكل واحدة ما يجب لها بقدر حالها فلا حرج عليه أن يوسع على من يشاء منهن وبما شاء.

وقال ابن نافع: يجب عليه أن يعدل بينهن في ماله بعد إقامته لكل واحدة ما يجب لها والأول أظهر وما نقله عن ابن نافع عزاه المتيطي رواية، وظاهر كلام الشيخ أنه لو كانت من نسائه أمة فإنه يقسم لها في المبيت كالحرة وهو كذلك في المشهور.

وقال ابن الماجشون: ورجع مالك إلى أنها ليست كالحرة، وبه أقول وعليه قال ابن شاس لو أعتقت في أثناء زمنها أتم لها كالحرة ولا يدخل على ضرتها في زمنها إلا لحاجة، وقيل إلا لضرورة وسمع أشهب وابن نافع سمعت أن معاذ بن جبل كانت له امرأتان فكان لا يشرب الماء من بيت إحداهما في يوم الأخرى.

قال ابن رشد: وروي أنهما توفيتا معًا في وباء الشام ودفنتا في حفرة وأسهم بينهما أيتهما تقدم في القبر وذلك على وجه التحري في العدل دون وجوبه، واختلف في جمع الحرتين في فراش واحد من غير وطء فمنعه مالك وكرهه ابن الماجشون وفي الإماء ثلاثة أقوال: المنع والكراهة وكلاهما لمالك وقال ابن الماجشون يجوز ذلك

=

قال ابن القاسم: وقال مالك: ليس للحرائر مع أمهات الأولاد من القسم شيء من الأشياء قال: ولا بأس أن يقيم الرجل عند أم ولده اليومين والثلاثة ولا يقيم عند الحرة إلا يومًا من غير أن يكون مضارا قال مالك: ولقد كان هاهنا رجل ببلدنا وكان قاضيًا.

وكان فقيها وكان له أمهات أولاد وحرة فكان ربما أقام عند أمهات أولاده الأيام قال مالك: ولقد أصابه مرض فانتقل إلى أمهات أولاده وترك حرته فلم ير أحد من أهل بلادنا بما صنع بأسًا قلت: أرأيت المجبوب ومن لا يقدر على الجماع تكون تحته الحرائر أيقسم من نفسه بينهن بالسوية في قول مالك؟ قال: نعم في رأيي لأن مالكًا قال له أن يتزوج فإذا كان له أن يتزوج فعليه أن يقسم بالسوية. انظر المدونة الكبرى لسحنون (١٨٩/٢).

بخلاف الحرتين.

(وعليه النفقة والسكنى بقدر وجده):

اعلم أنه تجب عليه النفقة والسكنى بقدر حاله من حالها، واختلف هل يجب عليه ثياب تخرج فيها والملحفة فقال اللخمي ظاهر المذهب أنها لا تفرض عليه، وقال في المبسوط تفرض على الغني دون الفقير ولا تفرض لها فاكهة خضراء ولا يابسة ولا جبن ولا زيتون ولا عسل ولا سمن وهذا الفصل متسع جدًّا واختصاره أنه يرجع فيه إلى العوائد.

واختلف إذا عجز عن نفقة مثلها وقدر على ما دونها مما يكفي من هو دونها فقيل: تطلق عليه، قاله فضل وغيره وقيل لا تطلق عليه، قاله ابن وهب وغيره وعلى الثاني فاختلف إذا عجز عما سوى ما يقيم رمقها فالمشهور تطلق عليه، وقال محمد: لا تطلق عليه.

قال اللخمي: وقول محمد فيما لا تعيش إلا به حرج تصبح وتمسي جائعة وعليه ما يسد جوعها وإلا فرق بينهما وإن كان من خشن الطعام والإدام معه لم تطلق عليه إلا أن تكون من أهل الشرف وممن لا تألف مثل ذلك ولا اتساع لها وإن جاعت لم تلزم به، وكذلك الكسوة إن كان لباس مثل ذلك معرة عليها طلقت عليه وإلا فلا، ولا يلزمه أن يضحي عنها اتفاقًا وكذلك عن ابن نافع لا يلزمه أن يخرج عنها زكاة الفطر، والأكثر على خلافه فيها، وعلى الزوج من الزينة ما يزيل الشعث عنها كالمشط والمكحلة والنضوخ وحناء رأسها.

قال ابن المواز: اختلف في أجرة القابلة فقيل عليها وقيل عليه وقيل إن كانت المنفعة لها فعليها وإن كانت للولد فعلى الأب والثلاثة حكاها المتيطي رحمه الله وأما الإخدام ففي أجوبة ابن رشد الإخدام واجب للزوجة كنفقتها تطلق بالعجز عنه قاله ابن الماجشون.

وقيل: يجب كالنفقة ولا تطلق بالعجز عنه وهو مذهب ابن القاسم، وقال ابن حبيب: لا تجب إلا أن يكون الزوج موسرا والزوجة من ذوات القدر والإنفاق على أنها تطلق عليه في عجز النفقة بعد التلوم على المشهور وقيل لا يفتقر إلى تلوم وعلى الأول فقيل يوم ونحوه وقيل يؤخر أيامًا وقيل ثلاثة أيام وقيل ونحوها وقيل شهر وقيل غير ذلك والحق أنه يرجع إلى اجتهاد القاضي.

(ولا قسم في المبيت لأمته ولا لأم ولده):

يعني وإنما له أن يطأ أمته وأم ولده ويقيم عندهما ما شاء ما لم يقصد الضرر فيمنع وقال ابن الحاجب: ويجب القسم للزوجات دون المستولدات إلا أن الأولى العدل وكف الأذى واعترضه ابن عبد السلام بأن لفظ المدونة يدل على أن كف الأذى واجب قال فيها: وليس لأم ولد مع الحرة قسم وجائز أن يقيم عند أم ولده ما يشاء ما لم يضار.

وقلت: ورده بعض شيوخنا بوجهين:

أحدهما: أن المحكوم عليه بالأولوية بمجموع العدل وكف الأذى لا بمجرد كف الأذى فقط.

الثاني: أن الأذى غير الضرر وأخف منه فلا تنافي بين كون ترك الأذى، وكون كف الضرر واجبًا ودليل كون غيره أخف منه قوله تعالى ﴿ لَن يَضُرُّوكُمْ إِلَّآ أَذًى ﴾ [آل عمران: ١١١] قال اللخمي: المذهب أن لا مقال للحرة في إقامته عند الأمة وفيه نظر إلا أن يثبت فيه إجماع.

(ولا نفقة للزوجة حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول وهي ممن يوطأ مثلها):

ظاهر كلامه وإن كانت يتيمة وهو كذلك وقال ابن عبد الحكم: تجب من حين عقد النكاح عليها مطلقًا وقاله سحنون في اليتيمة وحكاه المتيطي رواية ولم يحفظ قول ابن عبد الحكم، وذكر الشيخ أنه يشترط في المرأة أن تكون ممن تطيق الوطء وسكت عن الزوج واختلف فيه فقيل كالمرأة وقيل يشترط البلوغ وهو المشهور، ويشترط أن لا يكون أحدهما مريضاً فإن كان فلا يخلو من ثلاثة أوجه فإن كان بلغ بصاحبه به السياق فالدعوة حينئذ لغو وإن كان لا يمنع الوطء فمعتبر باتفاق فيهما وفيما بينهما قولان حكاهما اللخمي.

قال عياض: ظاهر مسائل المدونة أن لأبي البكر دعاء الزوج للبناء الموجب للنفقة وإن لم تطلبه ابنته، وهو المذهب عند بعض شيوخنا، وقاله أبو المطرف والشعبي كجبره على النكاح وبيعه ما لها وقال الماوردي: ليس له ذلك إلا بالذي دعاها أو توكيلها إياه ومثله لابن عات.

قلت: واختار بعض شيوخنا إن كانت نفقتها على أبيها فالأول وإن كان في مالها فالثاني.

(ونكاح التفويض جائز وهو أن يعقداه ولا يذكران صداقا):

في كلامه تقديم التصديق على التصور ومثله في المدونة وابن الحاجب وقد قدمنا غير ما مرة أنه مجتنب وأكثر ما يجيب به عنه بعض شيوخنا بشعور التصديق بذكر الحكم كما هنا وما ذكر أنه جائز هو كذلك باتفاق قاله الباجي والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وخرج أبو داود عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال لرجل: «**أترضى أن أزوجك فلانة**» قال: نعم، وقال للمرأة: «**أترضين أن أزوجك فلانا**» قالت: نعم، فزوج أحدهما صاحبه فدخل الرجل بها ولم يفرض صداقًا ولم يعطها شيئًا وكان ممن شهد الحديبية وله سهم بخيبر فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقًا ولم أعطها شيئًا وإني أشهدكم أني أعطيتها سهمي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف دينار.

واعلم أن نكاح التفويض أصل وقيست عليه هبة الثواب قال في شفعة المدونة: وإنما جازت هبة الثواب على غير عوض مسمى لأنه على وجه التفويض في النكاح وسمعت بعض من لقيته من القرويين ينقل غيرما مرة أن بعض أهل المذهب جعل نكاح التفويض فرعا وقاسه على هبة الثواب قائلاً: غاب عني موضعه.

قلت: وهو ضعيف للاستدلال المذكور فلا يحتاج إلى قياس وإذا طلق الزوج في نكاح التفويض فلا شيء لها من الصداق اتفاقًا وكذلك لا شيء لها في الموت على المشهور وترثه لأنها زوجته ومثله ذكر الشيخ بعد وحكى عبد الحميد الصائغ قولاً بلزوم الصداق كالمدخول بها قال ابن بشير وهو قول شاذ.

(ثم لا يدخل بها حتى يفرض لها فإن فرض لها صداق المثل لزمها وإن كان أقل فهي مخيرة فإن كرهت فرق بينهما إلا أن يرضيها أو يفرض لها صداق مثلها فيلزمها):

ما ذكر من أنه لا يدخل حتى يفرض لها معناه إن منعته من الدخول وما ذكر من أن فرضه قبل البناء مستحب وعليه حمل قول المدونة ليس للزوج البناء حتى يفرض وفي المقدمات إنما يجب تسمية الصداق عند الدخول، قال خليل: فظاهره أن التقدير قبل البناء واجب وما ذكر من أنه إذا فرض لها صداق المثل يلزمها هو المذهب وخرج بعض من لقيته من القرويين قولاً أنه لا يلزمها إلا أن ترضى من قول مطرف في الهبات إنما يهب الناس ليعاوضوا أكثر، وكنت أجيب بأن النكاح مبني على المكارمة فلا يتخرج والله أعلم.

وما ذكر من أن الخيار لها إذا فرض أقل من صداق المثل معناه إذا كانت رشيدة وأما البكر ذات الأب فالنظر في ذلك للأب باتفاق قاله أبو حفص العطار، وأما التي لا أب لها ولا وصي فقال ابن القاسم: لا يعتبر رضاها، وقال غيره: يعتبر رضاها والقولان في المدونة وطرح سحنون قول الغير على أنه قد قال به في العتبية ورواه زياد عن مالك، وحمل الأشياخ المسألة على من لم يعلم حالها بسفه ولا رشد، قال ابن الحاجب: وفي رضى السفيهة غير المولى عليها بدونه قولان وتعقبه ابن عبد السلام بما سبق من حمل الأشياخ المسألة على ما ذكر وأما التي عليها وصي فالمشهور يعتبر رضاهما معًا إن كان نظرا.

وقيل: ذلك موقوف على رضى الوصي فقط قاله في الواضحة واختاره غير واحد إذ النظر له في المال خاصة ومهر المثل ما يرغب به مثله في مثلها ويعتبر الدين والجمال والحسب، والزمان والبلاد.

قال في المدونة: وينظر فقد يزوج فقير لقرابته وأجنبي لماله فليس صداقهما سواء وصداق المثل يعتبر يوم العقد وقيل يوم الحكم إن لم يبن أو يوم الدخول إن بنى والقولان حكاهما عياض.

(وإذا ارتد أحد الزوجين انفسخ النكاح بطلاق وقد قيل بغير طلاق[1]):

القول بالردة طلقة ويريد بائنة هو مذهب المدونة وهو المشهور والقول بأنه فسخ قاله مالك وابن الماجشون وبقي عليها قول ثالث بأنه يلزمه طلقة رجعية فيكون أحق بها إذا رجع إلى الإسلام في العدة، قاله ابن الماجشون أيضًا وسحنون والمغيرة وهو مذهب المدونة في كتاب أمهات الأولاد في بعض الروايات والرابع وهو إن رجع إلى الإسلام فلا شيء عليه حكاه ابن يونس ونصه، قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون: وإن ارتد الزوج ثم عاود الإسلام في عدتها فهو أحق بها في الطلاق كله كما لو أسلمت ثم أسلم في عدتها، ولو لم يسلم حتى انقضت عدتها لزمه فيها طلقة.

---

(١) قال الشيخ الفاسي: الردة خروج عن الإسلام وقوعها من أحد الزوجين يوجب فسخ نكاحهما، وإن كان ارتداد الرجل إلى دينها وهي كتابية على المشهور وكون فسخه بطلاق هو المشهور ومذهب المدونة كونه بائنًا وقال سحنون: رجعيًا وكونه بغير طلاق قاله عبد الملك، ولو رماها الزوج بالردة فأنكرت لزمه لأنه مقر على نفسه بموجب فراقها ولها المسمى إن بنى بها وعلى أنها رجعية فبتوبته وقيل تنتظر في العدة والله أعلم.

وظاهر كلام الشيخ: ولو علم رغبة الزوجة في فراق زوجها وهو ظاهر المذهب وذكر ابن عات أن ابن زرب وقف عن الجواب فيها فقال له بعض من حضره من أهل بجاية: نزلت ببجاية وأفتى فيها الفقيه الحوفي بأن ارتدادها لا يكون طلاقًا وظاهر كلامه أيضًا ولو ارتد إلى دين زوجته، وهو كذلك عند ابن القاسم في المدونة.

وقال أصبغ: لا يحال بينهما وأخذ ابن عبد السلام من قول أصبغ قول ابن المواز أن المرأة تدخل على زوجها في السجن إذا سجن في حق غيرها، واختار ابن رشد خلاف قول سحنون.

قلت: ووجه الإقامة أن المطلوب التضييق عليه ليراجع الإسلام كما أن المطلوب ذلك في المحبوس لأداء ما عليه فلما لم يعتبره أصبغ في المرتد لزم اطراده من باب أحرى. والله أعلم.

والفتوى عندنا بإفريقية بقول سحنون: ولو ادعى الزوج على زوجته ارتداد فأنكرته فرق الحاكم بينهما لإقراره بما يوجب الفرقة وهي الردة قاله سحنون في كتاب ابنه نقله ابن يونس.

(وإذا أسلم الكافران ثبتا على نكاحهما):

ظاهر كلامه وإن كان نكاحهما بالأولى ولا صداق، وهو كذلك ما لم يكن ثم مانع من الاستدامة من نسب أو رضاع وكذلك إن تزوجها في العدة ووقع إسلامهما قبل انقضائها، فإن النكاح يفسخ قاله ابن القاسم وأشهب ومثله إذا تزوجها بنكاح متعة وأسلما قبل انقضاء الأجل نص على ذلك أشهب وجعله غير واحد المذهب، وقال عبد الحق الإشبيلي: أجمعوا على أن الزوجين إذا أسلما في حالة واحدة أن لهما البقاء على النكاح الأول، إلا أن يكون بينهما نسب، أو رضاع يوجب التحريم.

قلت: ورأى بعض شيوخنا أن ما ذكره ينتقض بما تقدم.

واختلف في أنكحتهم فقيل: إنها فاسدة والإسلام هو الذي يصحح بعضها وقيل: إنها صحيحة وإنما الفاسد منها بعضها والمشهور أنها على الفساد ولأجل هذا الاختلاف اختلف التونسيون هل تجوز شهادة الشهود المعينين للشهادة بين الناس لليهود في أنكحتهم بولي ومهر شرعي أو تمنع؟ على فريقين وألف كل واحد منهما على صاحبه ورجح ابن عبد السلام المنع، وسبب الخلاف الخلاف في أنكحتهم هل هي على الصحة، أو على الفساد؟ وهل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟ في ذلك

قولان في المذهب ثالثها مخاطبون بالنواهي دون الأوامر ورابعها مخاطبون بغير الجهاد، وأما الجهاد فلا وكلاهما لأرباب الأصول.

قال ابن عبد السلام: وفي هذا الإجراء نظر من وجوه يطول ذكرها منها: أن ما عقدوه على الصفة التي توافق شرعنا لا معنى لدخول الخلاف فيه على هذا التقدير ولكن الخلاف فيه أيضًا قال في المدونة: وطلاق المشرك ليس بطلاق ونقل غير واحد عن المغيرة إلزامهم ذلك، وذلك يجري على الأصل المذكور.

(وإن أسلم أحدهما فذلك فسخ بغير طلاق):

ما ذكر هو قول مالك وأصحابه، وقال ابن القاسم: إن أسلمت قبل إسلامه ولم يسلم مكانه فلا رجعة وهي طلقة بائنة ورد بعض الشيوخ الأول بأن طلاق الكافر لغو.

(فإن أسلمت هي كان أحق بها إن أسلم في العدة):

يعني إذا أسلمت الزوجة بعد البناء وسواء كانت مجوسية أو كتابية فإنه ينتظر في العدة وهو كذلك باتفاق قاله ابن حارث زاد في الموازية للسنة وفي موضع آخر: ولو كان عبدًا، وسمع أصبغ ابن القاسم يقول إسلامه رجعة دون إحداث رجعة، وأطلق الشيخ على الانتظار عدة، ومثله للبراذعي وابن يونس وغيرهما.

قال ابن عبد السلام: إطلاق ابن الحاجب لفظ العدة مجاز إنما هو استبراء على المشهور، واعترضه بعض شيوخنا بأن كلامه يوهم أنه مختص بهذا الإطلاق وليس كذلك بل أطلقه البراذعي ومن ذكر معه.

وظاهر كلام الشيخ لو لم يبن بها لبانت وهو كذلك باتفاق عند بعضهم وقيل: إنما ذلك مع الطول وفي القرب قولان منصوصان وهذه طريقة اللخمي وأشار الباجي إلى أن الخلاف في القرب إنما هو مخرج.

(وإن أسلم هو وكانت كتابية ثبت عليها):

ما ذكر هو كذلك باتفاق ولكن مع الكراهة في الاستدامة كما يكره للمسلم نكاح الكتابية ابتداء هكذا نبه عليه بعضهم وقبله ابن عبد السلام، ورده شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني بأنهما ليسا سواء لسبقية النكاح في الكافر بخلاف المسلم وبالجملة إنما يمنع من يرى أن الدوام كالإنشاء.

(فإن كانت مجوسية فأسلمت بعده مكانها كانا زوجين وإن تأخر ذلك فقد بانت منه):

ما ذكر من أن المجوسية إن أسلمت مكانها ثبت عليها وإلا فلا هو قول ابن القاسم، وقيل: يعرض عليها الإسلام ثلاثة أيام فإن لم تسلم فرق بينهما حكاه غير واحد، وقيل إن أسلمت في العدة بقيت زوجة قاله أشهب في أحد قوليه.

وفي المدونة: يعرض عليها الإسلام فإن أبت وقعت الفرقة بينهما وإن أسلمت بقيت زوجة ما لم يبعد ما بين إسلامهما.

قلت: كم الطول؟ قال: لا أدري الشهور وأكثر منه قليل، وفي بعض الروايات ورأى الشهرين.

وفي النوادر عن الموازية إن لم توقف فحتى يمضي مثل الشهر عند ابن القاسم، فقال أبو إبراهيم هذا خلاف رواية الشهر والشهرين، وتأول الشيخ أبو بكر بن اللباد قول المدونة على أنه غفل عنهما.

وكلام ابن أبي زمنين يقتضي أنه باق على ظاهره، وإذا سبق إسلام الزوج سقطت نفقتها باتفاق وأما إذا سبق إسلامها فإن كانت حاملا فالنفقة باتفاق عليه، وإن لم تكن حاملا فسمع أصبغ: هي عليه لأنه أحق بها ما دامت في العدة كالمطلقة واحدة، قال أصبغ وبه أفتيت لما أرسل السلطان إلي فاستفتاني في ذلك، وسمع عيسى لا تلزمه لأن أمرهما فسخ لا طلاق والسنة لا نفقة في الفسخ.

قال ابن رشد: وهو الصواب عند أهل النظر لما ذكر ولأن النفقة إنما وجبت للمتعة فقد سقطت متعته منها بإسلامها فإن وجبت للعصمة سقطت أيضًا لارتفاعها بالفسخ وكونه أحق بها إن أسلم في عدتها أم لا يحمله القياس وأما السكنى فالاتفاق على ثبوتها ويوجد في بعض نسخ ابن بشير الخلاف فيها كالنفقة قال ابن عبد السلام: وليس بشيء.

(وإذا أسلم مشرك وعنده أكثر من أربع فليختر أربعًا ويفارق باقيهن):

ظاهره أوائل كن أو أواخر وهو كذلك في منصوص المذهب وقال أبو حنيفة يتعين الأول وخرجه اللخمي في المذهب، قال: يلزم على قول أشهب من تزوج امرأة في شركه ولم يبن بها ثم أسلمت حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وأن من تزوج أما وابنتها في حال شركه أو أختين أو أكثر من أربع ثم أسلم أنه يلزمه العقد الأول، ويفسخ الثاني، واختلف هل له الخيار إذا كان محرما أو مريضًا أو كانت المخير فيها أمة وهو واجد للطول أم لا فقيل بذلك لكونه كرجعة.

وقيل: يمنع كابتداء نكاح وهذا الخلاف أشار إليه عبد الحميد الصائغ إلى إجرائه هل الفرقة فسخ أو طلاق، ولو اختار أربعًا فإذا هن أخوات فله تمام الأربع ما لم يتزوجن قاله ابن الماجشون، قال ابن عبد الحكم: له ذلك، وإن دخل بهن أزواجهن، وقال اللخمي: أما لو كانت الفرقة بطلاق وبانت فلا تمام له، وإذا اختار أربعًا وفارق البواقي فلمن بنى بها من البواقي مهرها.

واختلف فيمن لم يبن بها على ثلاثة أقوال: فظاهر المذهب لا شيء لهن لأنه فسخ قبل الدخول، وقال ابن المواز لكل واحدة خمس صداقها لأنه لو فارق الجميع لزمه صداقان وهو خمس اثنان من عشرة، وقال ابن حبيب لكل واحدة نصف صداقها لأنه في الاختيار كالمطلق.

(ومن لاعن زوجته لم تحل له أبدًا):

اختلف في الفرقة بين المتلاعنين هل هي بطلاق أم لا؟ فالأكثر على أنها بغير طلاق واستحب عيسى بن دينار أن يوقع الطلاق بأثر اللعان، وقال ابن شعبان عن ابن مسلمة أنه طلاق البتة تحل له بعد زوج إن أكذب نفسه وكان ينحو إليه أشهب.

وقال عبد الملك في الثمانية واعلم أن بنفس حلف الزوج تقع الحرمة بينهما وإن لم تلتعن الزوجة وهو مقتضى قول سحنون وأصبغ والموطأ، والمشهور أن الفرقة لا تكون إلا بتمام حلفهما معًا، وهو ظاهر قول الشيخ لأن اللعان في علة لا تقع إلا من الزوجين معًا فهو كقوله بعد وإن افترقا باللعان لم يتناكحا أبدًا فلا تعارض في كلامه والله أعلم.

(وكذلك الذي يتزوج المرأة في عدتها ويطؤها في عدتها):

ما ذكره هو المشهور وقال ابن نافع لا تحرم عليه بحال واحتج للمشهور بأنه حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمحضر الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينكروا عليه فهو إجماع سكوتي وقد علمت ما فيه، وظاهر كلام الشيخ لو عقد في العدة ودخل بعدها أنها لا تحرم عليه وهي إحدى الروايتين وكلاهما لمالك في المدونة قاله ابن عبد السلام.

قلت: وفيه نظر وذلك أنه لما ذكر في كتابه العدة وطلاق السنة أن مالكًا قال: تحرم عليه للأبد وأن المغيرة وغيره قالوا: لا تحرم عليه قال بإثره قال ابن القاسم: وكان مالك يفسخ هذا النكاح وما هو بالحرام البين أراد به وما تأبيد التحريم بحرام بين

فالتأييد حاصل في قوليه معًا فأين القول الأول له فيها أنها لا تحرم عليه للأبد نعم هو قول له في غير المدونة وظاهر كلامه ولو كانت العدة من طلاق رجعي لأنه يصدق عليه أنه نكاح في عدة وهو كذلك عند غير ابن القاسم في المدونة.

وقال ابن القاسم: لا تحرم عليه كالمتزوج في العدة ألا ترى أن أحكام الزوجية بينهما باقية من الميراث وغيره، وقال ابن رشد: يحتمل أن يتخرج قول ثالث وهو إن راجعها زوجها لم يكن هذا متزوجًا في العدة من قول ابن بشير في النصرانية تسلم تحت النصراني، فتتزوج في العدة أنه إن لم يسلم زوجها حتى انقضت العدة كان نكاحها فيه تزويجًا في العدة، وإن أسلم لم يكن نكاحها فيها.

قلت: وإنما قال يحتمل لأنه يفرق بينهما لأن إسلامه كشف دوام عصمته دون طلاق قاله بعض شيوخنا وظاهر كلامه أن القبلة والمباشرة لا تحرم بهما، وهو نحو ما في كتاب ابن المواز يؤمر بالتحريم ولا يقضى عليه واستحسنه أشهب لأنه لم يوجب لبسا في لحوق النسب. وفي المدونة هما كالوطء فتحرم، نص على ذلك في كتاب العدة في آخر فصل المفقود فاعلم ذلك.

واختلف إذا وطئها في الاستبراء على أربعة أقوال: فقيل تحرم وقيل لا ووقع لابن القاسم أنها تحرم إن كانت حاملا ولا تحرم في غيره قال ابن رشد ولو عكس لكان أصوب لأن فيه إذا وطئ غير الحامل اختلاط الأنساب.

(ولا نكاح لعبد ولا أمة إلا بإذن السيد):

ما ذكر هو كذلك باتفاق لأن تزويج العبد يعيبه ولذلك لو طلب العبد من سيده أن يزوجه وامتنع من ذلك فإنه لا يجبر قال ابن عبد السلام: وينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يقصد الضرر، فإن قصده أمر بالتزويج أو البيع، وقد اختلف المذهب هل يجب على الولد أن يزوج أباه إذا طلبه أم لا؟ وسبب الخلاف هل يلحق النكاح بالأقوات أم لا؟ وللشافعية في المسألة تفصيل ونص بعض المتأخرين منهم على الوجوب حتى قال في الحيوان البهيمي يجب إرسال الذكور على الإناث زمان الضراب وللسيد أن يجبره على النكاح إذا أباه منه ما لم يقصد الضرر ولا يختلف فيه كما اختلف في الوصي هل يجبر محجوره أم لا؟ لأن المحجور هناك إذا أكره على النكاح وطلق أتلف مال نفسه وإذا طلق العبد هنا أتلف مال سيده الذي أجبره لأن مال العبد مال لسيده قاله ابن عبد السلام أيضًا.

قلت: وفيه عندي نظر بدليل أن السيد لا يزكي مال العبد ولو كان مالكًا له لزكّاه كما إذا كان له مال وديعة وقد علمت أن مال العبد يتبعه في العتق ولو كان غير مالك له لما تبعه فبان بهذا أن السيد لا يملكه إلا بعد الانتزاع نعم إن ملك العبد غير كامل لقدرة السيد على الانتزاع، ولذلك لا زكاة عليه فيه، ولو تزوج بغير إذن سيده فله فسخه بطلقة وقال الأبهري: القياس دون طلاق على الأول فلا يطلق إلا واحدة وقيل بالبتات طلقتين وبالأول قال أكثر الرواة وبالثاني قال مالك والقولان في المدونة.

(ولا تعقد امرأة ولا عبد ولا من على غير دين الإسلام نكاح امرأة):

ظاهر كلامه يقتضي أن من ذكر يعقد على الذكور وهو كذلك قاله في الواضحة والعتبية وغيرهما لأن الولاية إنما تشترط في المرأة خاصة.

قال المتيطي: وهو المشهور المعمول به وقيل إن المرأة لا تعقد مطلقًا وأخذ ذلك من المدونة من قولها ولا تعقد المرأة النكاح على أحد من الناس فظاهرها العموم قاله غير واحد كابن سعدون، وعبد الوهاب وعبد الحميد ومثله في الموازية وتأولها ابن رشد على أن المراد من النساء لنص سماع عيسى لا بأس أن يوكل الرجل نصرانيا أو عبدًا أو امرأة على عقد نكاحه.

ومثل هذا التأويل لأبي محمد بن أبي زيد وأبي محمد عبد الحق.

قلت: والأقرب عندي هو الأول ويؤيده قول اللبيدي وقع في وصايا المدونة لا تعقد على أنثى ولا ذكر، وما ذكر الشيخ في العبد هو كذلك، قال ابن عبد السلام ولا أعلم الآن في ذلك خلاف على أن ظاهر كلام أصبغ يدل على وجود الخلاف فيه لقوله لا ميراث في النكاح الذي تولى العبد عقدته وإن فسخ بطلقة لضعف الاختلاف.

قلت: فيما قاله نظر لأنه يحتمل الخلاف أن يكون خارج المذهب لأن باب الميراث لا يقتصر في مراعاة الخلاف فيه على المذهبين فقط والله أعلم.

ودل كلام الشيخ من باب أحرى أن الصبي والمعتوه لا يعقدان وهو كذلك، وقال ابن بشير قال اللخمي: يعقد الصبي المميز قلت ورده بعض شيوخنا بأن اللخمي إنما حكاه فيمن أنبت، وقد قيل إنه علامة على البلوغ، وظاهر كلام الشيخ في الكافر أنه لا يعقد سواء كان كفره كفر جزية أم لا؟ وهو كذلك باتفاق في غير كفر الجزية وباختلاف في كفر الجزية والقول بأنه لا يمنع الولاية حكاه ابن بطال عن أصبغ وإلى هذا أشار ابن الحاجب بقوله: والمشهور أن كفر الجزية من الولي يسلب الولاية عن

المسلمة كغيره.

وتعقبه ابن عبد السلام قائلاً: لم أر أحدًا من الحفاظ وغيرهم إلا وهو ينكر وجود هذا القول الشاذ ونسب المؤلف فيه إلى الوهم وقال ابن هارون: بقيت زمانا أبحث عليه فلم أقف عليه حتى أخبرني بعض فضلاء أصحابنا أنه في ابن بطال فنظرته فوجدته نقله عن أصبغ.

قلت: وكذلك نقل ابن رشد أنه وقف عليه لابن بطال عن أصبغ بعد أن كان لا يحفظ إلا ما أخبره به شيخه الفقيه القاضي أبو عبد الله ابن الشيخ أبي عبد الله الزواوي أنهم وجدوا في بجاية كتابًا لبعض الأندلسيين، وفيه أن الكافر من أهل الجزية تكون له الولاية أو قال البنت المسلمة لا تتزوج بغير أمره ورضاه.

وحاصل هذا الباب أنه يشترط في الولي العقل والبلوغ والحرية والذكورية والإسلام واختلف في المسلم الفاسق هل نصح ولايته أم لا؟ فأجاز ابن القصار نكاحه وكرهه عبد الوهاب مع وجود عدل فإن عقد جاز وكلاهما نقله اللخمي، وقال ابن شاس وابن الحاجب، والمشهور أن الفسق لا يسلب إلا الكمال فظاهر كلامهما أن الشاذ يسلب الأجزاء، قال بعض شيوخنا ولا أعرفه ومثله لخليل.

(ولا يجوز أن يتزوج الرجل امرأة ليحلها لمن طلقها ثلاثًا ولا يحلها ذلك) [(١)]:

---

(١) قال الشيخ زروق: نكاح المحلل حرام لقوله عليه السلام: «لعن الله المحلل والمحلل له».أخرجه رواة أحمد والنسائي من حديث ابن مسعود ﷺ وصححه الترمذي وسماه في حديث آخر: بـ«التيس المستعار» وقال مالك -رحمه الله- لمن استفتاه في ذلك: اتق الله ولا تكن مسمار نار في كتاب الله والمذهب على ذلك قالوا: ويفسخ نكاح المحلل أبدًا ابن رشد قاله جميع أصحاب مالك قال ابن عبد الحكم ولها بالبناء صداق المثل.

وقال محمد بل المسمى قائلاً وأحب إليّ أن لا يتزوجها أبدًا، وفي الموازية: يفسخ نكاح المحلل بطلقة إن كان بإقراره وإن ثبت إقراره قبل نكاحها فليس بنكاح فإن تزوجها الأول به فسخ بغير طلاق قالوا: والمعتبر نية المحلل دون المرأة والذي طلقها إذ سمع القرينان لا تنظر نية المرأة، وروى محمد ولا نية الزوج الأول والمذهب أن نكاح المحلل لا يحلها اتفاقًا ولابن حبيب: متى خالط نيته شيء من التحليل دون شرط لم تحل به عند مالك وقال غير واحد من أصحابنا يحلها وهو مأجور ويعاقب من عمل بنكاح المحلل من زوج وولي وشهود وزوجة.

وروى ابن نافع لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة تعجبه ليصيبها وقد أضمر فراقها بعد شهر وفي تحليلها بنكاح من حلف ليتزوجن على امرأة فتزوجها ثالثها إن كانت من نسائه وهي رواية المدونة وابن كنانة والله أعلم.

ظاهر كلام الشيخ: ولو لم يشترط عليه التحليل فإنه لا يحلها إذا نواه وهو كذلك في المشهور، وحكاه عبد الحميد الصائغ في تعليقه عن مالك قال: وذهب غير واحد من أصحابنا إلى أنه يحلها وهو مأجور ولو اشترط تحليلها ما حلت اتفاقًا.

قال ابن حبيب: ويجب على المحلل أن يعلم الأول أن قصده التحليل بإنكاحها.

وقال ابن عبد البر في كافيه: علم الأول وجهله في ذلك سواء، وقيل: إن علم الأول قصد الثاني إجلاله فينبغي له تركها، وقيل إن علم أحد الثلاثة بالتحليل فسخ النكاح وهو شذوذ.

وكذا نقل المتيطي هذا القول ظاهره أنه في المذهب ولم يعزه ابن عبد البر في الاستذكار إلا للنخعي والحسن البصري، ولو زوجها من غيره ليس له طلاقها بعد وطئه حلت له قاله بعض الشيوخ مستدلاً بما رواه ابن نافع: لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة تعجبه ليصيبها وقد أضمر في قلبه فراقها بعد شهر.

ولو تزوجها من حلف ليتزوجن على امرأته فقيل: يحلها وإن لم يشبه أن تكون من نسائه أم لا ففيه خلاف وكذلك في إبرائه من يمينه حكاه ابن رشد.

(ولا يجوز نكاح المحرم لنفسه ولا يعقد نكاحا لغيره):

ما ذكر هو مذهبنا، وقال أبو حنيفة وغيره: يجوز للمحرم أن ينكح وينكح وبين الفريقين احتجاج يطول ذكره.

قال ابن الجلاب: وله رجعة امرأته في العدة، ومثله في المدونة والموطأ قال ابن عبد البر: وهو متفق عليه بين فقهاء الأمصار، ونقل الباجي عن أحمد بن حنبل منعها.

قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريجه في المذهب على القول بأنها قبل الارتجاع محرمة الوطء، وأن الإشهاد في الرجعة واجب، ورده بعض شيوخنا بأن حرمة الإحرام أشد لعدم القدرة على عدم رفعها وبالاتفاق على ثبوت الإرث بينهما في المسألة المخرج منها.

قال ابن الجلاب: وله شراء الجواري وقال ابن عبد السلام: ولا يبعد منعه على القول بأنها فراش بنفس عقد البيع، وإن لم يقر سيدها بوطئها كما ذهب إليه بعض العلماء خارج المذهب في جميع الإماء، وكما مال إليه بعض شيوخ المذهب فيمن تراد للفراش منهن.

ورده بعض شيوخنا بأن مظنة وقوع الوطء في الزوجة أقوى لحقها فيه وهو

مظنة الطلب والطلب مظنة الإباحة وبأن النكاح خاص بالوطء وإليه أشار ابن الجلاب في قوله لأنه لا ينكح إلا من يحل له وطؤها فإن وقع نكاح المحرم أو إنكاحه فإنه يفسخ أبدًا، وفي فسخه بطلاق روايتان، وكذلك الروايتان في تأبيد التحريم والمشهور عدم التأبيد قاله ابن عبد البر.

(ولا يجوز نكاح المريض ويفسخ):

يريد المرض المخوف وهو الذي يحجر فيه عن ماله قال ابن بشير، وقال اللخمي: ما ظاهره إذا أشرف على الموت أنه لا يجوز بلا خلاف، وكذلك ألحق بغير المخوف ما يكون مخوفا إلا أنه يتطاول كالسل والجذام في أوله وظاهر كلام الشيخ، ولو احتاج المريض إلى زوجة تقوم به وسواء كانت ترثه أم لا، واختلف في المسألة على أربعة أقوال فالمشهور ما قال الشيخ.

ونقل اللخمي عن مطرف جوازه وكذلك عزاه ابن المنذر والمتيطي وحكاه ابن الحاجب عن مالك، وحكى ابن المنذر أيضًا عن مالك أنه يجوز إن لم يكن مضارا وكانت له حاجة لمن يقوم به أو في الإصابة، وإن لم تكن له حاجة إلى شيء من ذلك فهو مضار.

وقيل: إن كانت لا ترثه فإنه جائز كما إذا كانت أمة أو كتابية بناء على أنه لحق الورثة وأجيب بجواز الإسلام والعتق.

وقوله: ويفسخ إنما قال يفسخ لئلا يقال يراعى فيه الخلاف بعد الوقوع كما يوجد في كثير من الأنكحة الفاسدة.

وظاهر كلام الشيخ: ولو صح المريض فإنه يفسخ بناء على فساده في عقده وهو كذلك قاله في سماع أشهب وبه قال سحنون وأصبغ وأشهب، ورواه ابن وهب أيضًا، وقيل لا يفسخ وهو اختيار ابن القاسم وبه قال ابن رشد بناء على أنه لحق الورثة وكلاهما في المدونة قال فيها: قال مالك وإن صحا ثبت النكاح دخلا أو لم يدخلا وكان يقول لا يثبت وإن صحا ثم عرضها عليه فقال امحها وأرى إذا صحا ثبت النكاح ومنهم من علل فساده بأنه في صداقه إذ لا تدري ما يخرج لها من الثلث كله أو بعضه ورد بأنه لو كان كذلك لمضى بالبناء كغيره ورد بأن غيره إذا وجب فيه صداق المثل بالدخول زال الغرر لتعلق صداق المثل بالذمة بخلاف ما هنا.

قال ابن عبد السلام: وهو ضعيف لأن إخراج الصداق من الثلث معلل بفساد

النكاح فلو جعل الإخراج من الثلث علة الفساد للزم الدور.

قلت: وهذه المسألة إحدى ممحوات المدونة الأربع وثانيها في الضحايا وثالثها في الأيمان والنذور ورابعها في السرقة وأمره بالمحو مبالغة في طرحه لظهور الصواب في القول المرجوع إليه، ووقعت المسامحة في بقائه مكتوبًا لأنه يصح أن يذهب إليه المجتهد يومًا ما وهذا هو الموجب لتعدد الأقوال التي يرجع المجتهد عنها ونبه على هذا ابن عبد السلام.

(وإن بنى بها فلها الصداق في الثلث مبدأ ولا ميراث لها):

ظاهر كلام الشيخ أن لها المسمى وإن كان أكثر من صداق المثل وهو قول ابن عبد الملك قائلاً: لأنه بالتسمية أصابها وكذلك رواه ابن نافع وأشهب قال سحنون: وهو خير من قول ابن القاسم من قوله لها صداق المثل ولا يعجبني وفي ثاني نكاح المدونة إن دخل بها فمهرها في ثلثه وزاد في الأيمان بالطلاق وإن زاد على مهر مثلها سقط ما زاده، ففسرها أبو عمران بالأقل منهما فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال ثالثها: لها الأقل من صداق المثل والمسمى وما ذكر الشيخ أنه في الثلث هو المشهور وأحد الأقوال الثلاثة وقيل يكون من رأس ماله نقله القابسي عن المغيرة، وقيل أما ربع دينار فمن رأس المال قاله القابسي.

قال عبد الحق: وهو الذي حفظت من شيوخنا وهو حسن إذ لا يستباح بضع بأقل منه وكالسيد يفسخ نكاح عبده بعد بنائه يترك لزوجته ربع دينار، وقال أبو عمران: لا أدري من أين نقل القابسي عن المغيرة ما ذكر والذي رأيته في كتاب المغيرة أنه من الثلث قال خليل: ولا يلزم القابسي ما ذكره أبو عمران لاحتمال أن ينقل عنه بواسطة دون كتاب ونقل عبد الحق عن ابن حبيب أنه يدخل فيما لم يعلم به.

(ولو طلق المريض امرأته لزمه ذلك وكان لها الميراث منه إن مات في مرضه ذلك):

تكلم رحمه الله على الوجه المشكل وهو إذا طلقها ثلاثًا وأحرى إذا طلقها أقل من ذلك أنها ترثه وعمدة أهل المذهب في إرثها قضاء عثمان لامرأة عبد الرحمن بن عوف وهو المروي عن عمر وعائشة رضي الله عنهما قال ابن عبد البر: لا أعلم لهم مخالفا من الصحابة إلا عبد الله بن الزبير وجمهور علماء المسلمين على ما روي عن الصحابة وقالت طائفة منهم بقول ابن الزبير.

قال ابن عبد السلام: وهو القياس لأن الزوجية أمر نسبي لا تعقل إلا بين اثنين

فلو صحت من جانب المرأة لصحت من جانب الزوج فوجب إذا ورثته أن يرثها وأجمعوا على أنه لا يرثها فوجب أن لا ترثه إلى غير ذلك من اللوازم المنتفية، وظاهر كلام الشيخ: ولو كان الطلاق بخلع أو تخييرا وتمليكًا وهو كذلك قاله في إرخاء الستور من المدونة قائلاً: لأن الطلاق جاء من قبله وقيل: إنها لا ترثه لضعف التهمة ذكره ابن شاس وأما إذا طلق في الصحة طلاقًا رجعيًّا ثم مرض في العدة ولم يرتجعها، وخرجت من العدة ومات بعد فإنها لا ترثه وقيل: إنها ترثه حكاه ابن عبد البر في الكافي، واختلف إذا كان أوقع الطلاق في الصحة والحنث وقع منه في المرض ففي الأيمان بالطلاق من المدونة أنها ترثه.

وروى زياد بن جعفر أنها لا ترثه حكاه الباجي وعزا الأول لمشهور قول أصحابنا. قال ابن عبد السلام: وما رواه زياد هو الصحيح عندي لانتفاء التهمة فيه من كل الوجوه ألا ترى أن اليمين وقعت في الصحة من الزوج والحنث وقع في المرض واختلف إذا طلق أمة أو ذمية فعتقت الأمة وأسلمت الذمية بعد العدة وقبل موته ففي إرثهما قولان لمحمد وابن الماجشون وعزاهما الباجي لابن القاسم وسحنون.

قال في المدونة: ومن ارتد في مرضه فقتل على ردته لم ترثه ورثته المسلمون ولا زوجته إذ لا يتهم أحد بالردة على منع الميراث، وظاهره وإن كان معروفا بالبغض لمن يرثه قال اللخمي: وإن راجع الإسلام بالقرب ثم مات في مرضه فإنها لا ترثه على قول ابن القاسم لأن ردته طلاق وترثه على قول عبد الملك أن إسلامه يوجب بقاءها زوجة دون طلاق.

قلت: قال بعض شيوخنا: الأظهر أن ترثه زوجته على قول ابن القاسم، أيضًا لأنه مطلق في المرض ورافع تهمة قتله والفرض نفيه لإسلامه.

وأجابه شيخنا أبو مهدي أيده الله بأنه إنما علل في الكتاب بأن نفس الردة تزيل التهمة لا أن قتله هو الموجب لرفع التهمة وإنما ذكر القتل في التصوير لا في التعليل واضطرب المذهب فيما إذا عاجله الموت على أربعة أقوال: فقيل: إنه لا يورث قاله في المدونة وعكسه نقله ابن شعبان وقيل بالأول إن لم يتهم قاله في المدونة وقيل إن ورثه بعيد ومن يعلم أن بينه وبينه عداوة حسن إرثه والثلاثة الأقوال حكاه اللخمي واختار الرابع.

(ومن طلق امرأته ثلاثًا لم تحل له بملك ولا نكاح حتى تنكح زوجا غيره)[1]:

---

(١) قال سحنون: في المطلقة ثلاثًا أو أربعة يموت زوجها وهي في العدة.

قلت: أرأيت إن طلق امرأته ثلاثًا وهو في مرضه ثم مات وهي في العدة أتعتد عدة الوفاة =

أتى رحمه الله بلفظ الآية في قوله تعالى ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، واختلف هل المراد بالنكاح العقد مع الوطء أم العقد كاف فالمعروف هو الأول وصرح به الشيخ في باب ما يجب منه الوضوء والغسل وذهب سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضي الله عنهما إلى أن العقد كاف، وحكاه أبو عمران الفاسي عن أبي الحسن اللباد الفرضي البغدادي وأخذ الشيخ أبو الحسن المغربي مثله من قول أشهب في المدونة في النكاح الثالث.

وقال أشهب في كتاب الاستبراء: عقد النكاح تحريم للأمة كان يطؤها أم لا حكى قول أشهب هذا فيما إذا وطئ أمة بملك ثم تزوج أختها ويرد بأن قول أشهب في باب ما يحرم به الشيء ومسألتنا في باب ما يباح به الشيء وما يباح به الشيء أشد يدل عليه ما في باب الأيمان في قولهم يحنث بالأقل ولا يبرأ إلا بالجميع ونص على هذا المعنى أبو محمد بن أبي زيد رحمه الله مستدلاً على قاعدة البر والحنث بالفرق بين المبتوتة فإنها لا تحل إلا بالوطء وبين ما نكح الآباء والأبناء فإن العقد فيه كاف ويكفي إيلاج الحشفة أو مثلها من مقطوعها.

وظاهر كلام الشيخ أنه لا فرق في المحلل بين أن يكون مسلمًا أو ذميا لذمية، وهي رواية ابن شعبان وقاله علي بن زياد وأشهب.

والمشهور من المذهب أن وطء الذمي لا يحلها وليحيى بن يحيى الفرق بين

= تستكمل في ذلك ثلاث حيض أم لا؟ قال: قال مالك: ليس عليها أن تعتد عدة الوفاة إنما عليها أن تعتد عدة الطلاق ولها الميراث قلت: فإن طلقها واحدة أو اثنين وهو صحيح أو مريض ثم مات وهي في العدة أتنتقل إلى عدة الوفاة؟ قال: نعم ولها الميراث ابن وهب عن الليث بن سعد أن بكير بن عبد الله حدثه عن سليمان بن يسار أنه قال: يقال إنما آخر الأجلين أن يطلق الرجل المرأة تطليقة أو تطليقتين ثم يموت قبل أن تنقضي عدتها من طلاق فتعتد من وفاته فأما الرجل يطلق امرأته البتة ثم يموت وهي في عدتها فإنما هي على عدة الطلاق ابن وهب عن عمرو بن الحارث عن يحيى بن سعيد بذلك قال عمرو وقال يحيى ذلك أمر الناس وهذه المطلقة واحدة أو اثنين ابن وهب عن يزيد بن عياض عن عمربن عبد العزيز مثله وقال: ترثه ما لم تحرم عليه بثلاث تطليقات أو فدية فإن كانت حرمت عليه فلا ميراث لها وهذا في طلاق الصحيح ابن وهب قال عمر بن عبد العزيز لا عدة عليها إلا عدة الطلاق أو عدة الفدية قال بكير وقال مثل قول سليمان بن يسار وفي آخر الأجلين عبدالله بن عباس وابن شهاب. انظر المدونة الكبرى لسحنون (١١/٢).

طلاق الذمي إياها فلا تحل لأن طلاقه ليس بطلاق وبين موته عنها فتحل ذكره المتيطي رحمه الله.

قال اللخمي: والصواب ما روى ابن شعبان لعموم قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

ورده بعض شيوخنا بنفي العموم للفعل والنكرة في غير نفي قال: ويجاب بأنهما في سياقه كقوله تعالى ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال مالك: هذا يجمع الدين كله واستشكل ويجاب بابه في سياق الشرط، ويشترط في الوطء الذي نحل به الانتشار في القول المشهور، وقيل: لا يشترط ذكره في الموازية قال بعض من لقيناه وانظر هل يتخرج هذا الخلاف في الغسل أم لا ليسر الغسل، ورجع الثاني وذكر أنه لم يقف على نص في ذلك وهو قصور لقول ابن شعبان إن أدخلت زوجة العنين ذكره في فرجها لزمها الغسل قال أبو محمد لا أعرف خلافه.

(وطلاق الثلاث في كلمة واحدة بدعة ويلزم إن وقع):

ما ذكر الشيخ من طلاق الثلاثة في كلمة واحدة بدعة هو مذهبنا، وقيل خارج المذهب: إنه من طلاق السنة متمسكًا قائله بحديث اللعان ونصه: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها؛ فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره، وما ذكر الشيخ من أنه يلزمه هو المعروف وكذلك قال ابن رافع رأسه ومحمد بن مخلد من أئمة قرطبة ونص ابن مغيث، قال محمد بن ناصر ومحمد بن عبد السلام وهو فقيه عصره وابن زنباع وغيرهم بأنه تلزمه طلقة واحدة في ذلك أخذاه من مسائل متعددة من المدونة من ذلك قولها إذا تصدق الرجل بجميع ماله يلزمه منه الثلث.

وقد اختلف شيوخ القرويين في القائل الأيمان تلزمني، فقال أبو محمد ثلاثًا، وقال أبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن تلزمه طلقة واحدة إذا لم تكن له نية ونقل الشيخ أبو الحسن المغربي في كتاب الحج عن ابن سيرين أنه قال: ما ذبحت قط ديكًا بيدي ولو وجدت من يرد المطلقة ثلاثًا لذبحته بيدي، وهذا منه مبالغة وتغليظ في الزجر عن ذلك.

وكذلك سمعت بعض من لقيته من القرويين يذكر أن الإمام المازري قال: نصرهم ابن مغيث لا أغاثه الله على أن في دعائه عليه نظرًا لأنه رحمه الله لم يذكر ما ذكره بالتشهي بل بما ظهر له من الاجتهاد فهو مأجور سواء أصاب أو أخطأ.

ويرد أخذه من مسألة المدونة بأن مسألة المدونة في باب الأيمان أشد، وبيانه أنا لو أخرجنا عنه جميع ماله لأصابه الحرج والضيق الشديد ولا سيما إن كان ذا مال طائل وعيال كثير ولا صنعة له ووجود مثل زوجته وأحسن منها موجود في كل زمان بلا تكلف وكذلك مسألة الأيمان تلزمه يحتمل أن يكون الشيخان رأيا فيها أن القائل ذلك إنما يتناول لفظه لزوم الطلاق ظاهر إلا نصًا فأشبه ما إذا قال: أنت طالق فإنه تلزمه طلقة واحدة لا ثلاث بخلاف مسألتنا فإنه صرح فيها بالطلاق ثلاثًا والله أعلم.

وخرج أبو داود عن ابن عمر عن أنمر قال قال رسول الله ﷺ: «**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**[1]» وصرفه الخطابي لسوء العشرة لا للطلاق لإباحة الله له وفعله رسول الله ﷺ ومحمل كونه أبغض أنه أقرب الحلال إلى البغض فنقيضه أبعد عن البغض فيكون أحل من الطلاق كقول مالك إلغاء البياض أحله وقبله المتيطي.

وحمله اللخمي على المرجوحية وقسمه إلى أربعة أقسام فقال: إذا كان الزوجان كل واحد منهما يقوم بحق صاحبه استحب البقاء وكره الطلاق لحديث «**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**» وإن كانت غير مؤدية حقه كان مباحا.

قلت: وذكر ابن رشد أنه مندوب إليه وإن كانت غير صينة في نفسها استحب الفراق إلا أن تتعلق بها نفسه.

قلت: وذكر ابن رشد أنه مباح قال وإن فسد ما بينهما، ولا يكاد يسلم دينه معها وجب الفراق.

قلت: وزاد ابن بشير حرمته أصلاً وهو إذا خيف من وقوعه ارتكاب كبيرة مثل أن يكون لأحدهما بالآخر علاقة إن فارقها خاف ارتكاب الزنا وهو عندي من حيث الجملة مكروه كما قال ابن عطية لأنه تبديل ينشأ في الإسلام، قال وروى أبو موسى الأشعري أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تطلقوا النساء إلا من ريبة فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات**». وروى أنس أن النبي ﷺ قال «**ما حلف بالطلاق ولا استحلف به إلا منافق**».

(وطلاق السنة مباح وهو أن يطلقها في طهر لم يقربها فيه طلقة ثم لا يتبعها طلاقًا حتى تنقضي العدة):

---

(١) رواه أبو داود (٢/٢٥٥)، وابن ماجه (١/٦٥٠).

ذكر الشيخ رحمه الله لطلاق السنة أربعة قيود:

الأول: أن يطلقها في طهر احترازًا من طلاقها في الحيض فإنه ممنوع للإجماع واختلف في علة المنع فقيل: لأنها لا تعتد بتلك الحيضة فيكون تطويلا عليها في العدة، وقيل: تعتد وعليهما الخلاف في طلاق غير المدخول بها وهي حائض وكذلك الحامل وسيأتيان، قال في المدونة: ولا تطلق التي رأت القصة البيضاء حتى تغتسل بالماء وإن كانت مسافرة فتيممت فلا بأس أن يطلقها بعد التيمم لجواز صلاتها به.

واعترض بأن النهي عن الطلاق في الحيض إنما هو لتطويل العدة وبنفس رؤيتها القصة البيضاء قد ارتفع عنها الحيض فليس فيه تطويل، ولذلك قال ابن عبد السلام: الظاهر للقول الثاني أنه يجوز أن يطلقها برؤية القصة ولو قلنا بالتعبد لانتفاء الحيض وتعذره.

القيد الثاني: كونه لم يطأ فيه، قال في المدونة: ويكره أن يطلقها في طهر جامع فيه. واختلف في علة الكراهة على ثلاثة أقوال: فقيل للبس العدة عليها بماذا تكون لأنها لا تدري بماذا تعتد هل تعتد بالإقراء أو بوضع الحمل قاله أبو محمد بن أبي زيد والقاضي عبد الوهاب، وقيل لتكون مستبرأة فتكون على يقين من نفي الحمل إن أتت بولد، وقيل خوف الندم إن خرجت حاملا فإن طلقها في طهر جامع فيه لزمه واعتدت به ولا يؤمر برجعتها قاله في المدونة، وقال ابن كنانة لا تعتد به.

وقال ابن عبد السلام: أظن أني وقفت على قول في المذهب أنه يجبر على الرجعة ولا أتحققه الآن فإن صح وجوده فوجهه ظاهر.

قلت: قال بعض شيوخنا لا أعرفه إلا من قول عياض ذهب بعض الناس إلى جبره على الرجعة كمن طلق في الحيض، وقال خليل حكاه بعض المغاربة.

القيد الثالث: أن تكون الطلقة واحدة احترازًا من طلاقها اثنتين أو ثلاثًا وقد تقدم اختلاف العلماء في طلاق الثلاث في كلمة واحدة هل هو من طلاق السنة أم لا؟

الرابع: لا يتبعها طلاقًا وهو معروف المذهب وقال في المدونة عن ابن مسعود: إن أراد أن يطلقها ثلاثًا فيطلقها في كل طهر طلقة قال غير واحد: وبه أخذ أشهب ما لم يرتجعها إلا أن يطأها.

وبقي ثلاثة شروط أخر وهي كونه لم يتقدم له طلاق في حيض وكون المطلقة ممن تحيض، وكون الطلقة خلت عن عوض والستة الأول حكم جميعها عبد الوهاب في

تلقينه وزاد ابن العربي السابع قال في أحكام القرآن له وهي سبعة شروط ذكرها علماؤنا مستقرأة من حديث ابن عمر رضي الله عنه.

قلت: وما زاده مختلف فيه في المذهب فقد قيل: إن الخلع ليس كالطلاق لأنه برضاها، ورأى بعض المتأخرين أن هذا القول هو الجاري على المشهور بأن النهي معلل.

(وله الرجعة في التي تحيض ما لم تدخل في الحيضة الثالثة في الحرة أو الثانية في الأمة):

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة قال فيها: وليرتجع الحامل ما بقي في بطنها ولد وغير الحامل ما لم تر أول قطرة من الحيضة الثالثة في الحرة أو الثانية في الأمة واختصره أبو محمد وغيره على أنه من كلام ابن القاسم واختصره ابن أبي زمنين.

قال غيره: وغير الحامل، ما لم تر أول قطرة وهو أشهب، وزاد في المدونة عن أشهب أيضًا أحب إلي أن لا تنكح حتى تستمر الحيضة لأنها ربما رأت الدم ساعة أو يومًا ثم ينقطع عنها فيعلم أن ذلك ليس بحيض، فإذا رأت المرأة هذا في الحيضة الثالثة فلترجع إلى بيتها والعدة باقية ولزوجها عليها الرجعة حتى تعود إليها حيضتها صحيحة مستقيمة.

وأخذ غير واحد من قول ابن القاسم أن الدفعة الواحدة حيض من قول أشهب أن اليوم ليس بحيض في العدة والاستبراء وعلى اختصار أبي محمد وغيره فاختلف الشيوخ هل قول أشهب وفاق لابن القاسم أو خلاف وإلى أنه خلاف ذهب سحنون وابن رشد، قال المتيطي رحمه الله: وهو الصحيح، لأن أقل الحيض لا حد له عند ابن القاسم، وقد يكون يومًا أو ساعة.

قلت: إذا كان قبله طهر تام فلا معنى لاستحباب تربصها، وإنما يلزمها التربص على النكاح على قول ابن الماجشون الذي يقول: أقل الحيض خمسة أيام.

وعلى قول ابن مسلمة الذي يقول أقله ثلاثة أيام لاحتمال أن ينقطع عنها قبل ذلك ونحوه في رواية ابن وهب، قال ابن عبد السلام - بعد أن ذكر هذا الإلزام لبعضهم- وقد لا يلزم ألا ترى أن مالكًا وابن القاسم يقولان: إن الدفعة وما أشبهها ليست بحيض في هذا الباب مع أنها تبين برؤية أول الدم الثالث أن لا يبعد أن يسلك ابن الماجشون وابن مسلمة هذه الطريقة.

قال عبد الحق في النكت: وإذا نكحت ثم قالت انقطع الدم عني صدقت وفسخ

النكاح ولا يمين عليها في إرادة فسخ النكاح لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهتها وقول أشهب: إنها إذا لم تستمر الحيضة ترجع إلى بيتها ولزوجها رجعتها يبين ما قلناه لأنه لم يتهمها في رجعة الزوج ووجوب النفقة والسكنى فكذلك لا تتهم فيما وصفنا.

ثم قال: وأما لو قالت هذه المرأة قد انقضت عدتي بهذا اللفظ ثم تزوجت فبعد ذلك قالت: ظننت أن الحيضة تستمر فلهذا قلت قد انقضت عدتي، وقد انقطع عني فههنا تتهم في فسخ النكاح ولا يقبل ذلك منها والله أعلم.

(فإن كانت ممن لم تحض أو ممن يئست من المحيض طلقها متى شاء وكذلك الحامل)[1]:

أراد بقوله أو ممن قد يئست من لم تر الحيض في عمرها وليس مراده من جاوز سنها الخمسين أو السبعين سنة كما قال في غير هذا الموضع، وتلحق المستحاضة لغير المميزة بما ذكر لأن عدتها بالأشهر، واختلف في المميزة على قولين وسبب الخلاف هل عدتها بالأقراء وبالسنة كما سنبينه في موضعه إن شاء الله وما ذكر الشيخ من أن الحامل يطلقها متى شاء هو قول ابن شعبان وعزاه عبد الحق لأبي عمران وصوبه ونقل عن ابن القصار أنها لا تطلق في الحيض وهو جار على التعبد ولو طلقها في دم بين توأمين فهو كدم حيضتها.

(وترتجع الحامل ما لم تضع والمعتدة بالشهور ما لم تنقض عدتها والأقراء هي الأطهار):

ظاهر كلام الشيخ أنه إذا خرج بعض الولد أن له الرجعة قبل وضع باقيه وهو ظاهر كلام المدونة في كتاب العدة وطلاق السنة ونصها: وترتجع الحامل ما لم تضع آخر ولد في بطنها وهو مخالف لظاهر كتاب إرخاء الستور ونصها: وترتجع الحامل ما بقي في بطنها ولد فظاهره إذا خرج بعضه لا ترتجع ونقل أبو الحسن المغربي عن ابن

---

(١) قال سيدي زروق: أما كون الصغيرة واليائسة والحامل يطلقهن متى شاء فلأن علة النهي عن الطلاق في الحيض إطالة العدة وهنا لا إطالة فليطلق متى شاء وتصدق المرأة في انقضاء عدتها إن ادعت ما يشبه ولا تصدق في نقيضه وفيما تردد النظر فيه أحد عشر قولاً فانظرها ثم اختلف في أقل الحيض والاستبراء على خمسة أقوال روى ابن القاسم مطلق المسمى حيض كالعبادات وللقاضي رواية أقلها يوم فيهما ولابن مسلمة ثلاثة أيام ولعبد الملك خمسة وللمدونة يسأل النساء.

وهب ما يقتضي أنه إذا خرج ثلثاه لا رجعة له.

واختلف هل يجب الإشهاد في الرجعة أم لا فالمشهور أنه مستحب وقال ابن بكير إنه واجب ورواه أبو بكر القاضي وبه قال أبو بكر بن العلاء وأخذ بعض شيوخنا من المدونة من قولها فيمن منعت نفسها وقد ارتجعت حتى يشهد فقد أصابت قائلاً: إذ لا يمنع ذو حق من حقه لأمر غير واجب.

قال ابن عبد السلام: وأشار غير واحد إلى عدم الخلاف في المسألة وإن الاستحباب في ذلك هو اقتران الإشهاد بالارتجاع وأن الإيجاب إنما يرجع إلى التوثق لأنه شرط في الارتجاع كما ذهب إليه الشافعي وفي كتاب العدة من المدونة قال مالك: من طلق امرأته طلاقًا يملك فيه الرجعة لا يتلذذ منها بنظرة ولا غيرها ولا يأكل معها ولا يرى شعرها ولا يخلو معها، وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها، وكان يقول: لا بأس أن يدخل عليها ويأكل معها إذا كان ممن يتحفظ بها ثم رجع فقال: لا يفعل.

قال عياض: فظاهره منع التلذذ على كل حال وإنما الخلاف في غيره وإليه ذهب ابن محرز وغيره، وقال اللخمي: الباب كله واحد وإن قوله اختلف في جميع ذلك، وخرج الخلاف في التلذذ بها وهو بعيد والرجعة تكون بالقول كراجعتك وبالفعل كالوطء واختلف هل يفتقر إلى نية أم لا؟ على ثلاثة أقوال: فقيل باشتراطها قاله أشهب وعكسه وهو ظاهر قول ابن وهب وقيل: يشترط في الفعل دون القول قاله في المدونة وهو المشهور وعليه فلو وطئها ولم ينو رجعتها واسترسل على ذلك وطلقها ثلاثًا بعد خروجها من العدة فقال أبو محمد: لا يلزمه لأنها أجنبية، وقال أبو عمران: يلزمه مراعاة لقول ابن وهب والليث والوطء لا يفتقر إلى نية.

قلت: وهو الصواب أخذًا بالاحتياط وبه أفتى غير واحد من شيوخي كشيخنا أبي مهدي عيسى أيده الله تعالى.

(وينهى أن يطلق في الحيض فإن طلق لزمه ويجبر على الرجعة ما لم تنقض العدة):

ما ذكر الشيخ أنه ينهى أن يطلق في الحيض صحيح ولا أعلم فيه خلافًا وما ذكر أنه يلزمه هو نقل الأكثر باتفاق وشذ بعض التابعين في قوله بعدم اللزوم إذا طلق في الحيض قال خليل: وبذلك قال بعض البغداديين وما في الصحيح يرده وما ذكر من أنه يجبر على الرجعة صحيح ويعني بالتهديد ثم بالسجن ثم بالسوط ويكون ذلك قريبًا في موضع واحد فإن أبى ألزمه الحاكم الرجعة قاله ابن القاسم وأشهب في نقل ابن المواز وسمع أصبغ بن

القاسم من أبى الارتجاع من طلاق الحيض قضى عليه السلطان بها، وأشهد على القضية بذلك فكانت رجعة تكون بها امرأة أبدًا حتى إذا خرجت من العدة توارثا.

قال ابن رشد: فظاهر هذا السماع إجباره بالإشهاد بما ذكر دون السجن والضرب خلاف ما تقدم لابن المواز.

قلت: قوله في السماع فإن أبى أعم من الضرب وغيره فالأولى تفسيره به ليكون وفاقًا وهو أولى من حمله على الخلاف مع الاحتمال المذكور، وذكر ابن رشد أن الباجي حكى في وثائقه قولين في سجنه فلعل مستنده السماع المذكور، واستشكل ابن عبد السلام كونه يضرب ويسجن بقوله إذا كان حصول الرجعة من القاضي بالحكم عليه ممكنا فلا معنى لضربه وسجنه إلا أن يقال من شرطها إلزام القاضي له ذلك تحقيق إباية المطلق ولا يتحقق إلا بذلك وفيه نظر.

واختلف هل للزوج أن يطأ بارتجاع الحاكم إذا لم ينوها الزوج أم لا؟ فقال أبو عمران ذلك له قائلاً: كما كان له أن يطأ في نكاح الهزل وقال بعض البغداديين: لا يطأ وصوب ابن رشد الأول قائلاً: كالسيد يجبر عبده على النكاح، قال الشيخ اللخمي: إن أخطأ الحاكم فطلق لإعسار ونحوه في الحيض لم يتم بخلاف طلاق الزوج لنفسه؛ لأن القاضي فيه كالوكيل على صفة لأنه لو أجيز فعله لجبر الزوج على الرجعة ثم يطلق إذا طهرت فتلزمه طلقتان.

(والتي لم يدخل بها يطلقها متى شاء):

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة وذهب أشهب إلى كراهة طلاقها في الحيض، ونقل عبد الوهاب عن مالك منعه وسبب الخلاف هل النهي معلل بتطويل العدة أو متعبد به.

(والواحدة تبينها والثلاث تحرمها إلا بعد زوج):

ظاهر كلام الشيخ: وإن كانت مطلقة بسبب الإعسار بالنفقة وهو كذلك على ظاهر المدونة ونصها، وإن أيسر الزوج في العدة ارتجع إن شاء فمفهومه أن الطلاق قبل البناء لا رجعة فيه لما قد علمت أن المطلقة قبل البناء لا عدة عليها، وقال أبو إبراهيم: انظر في كتاب ابن الجلاب فإنه سواء قبل الدخول وبعده ونقل أبو عمر بن عبد البر في الكافي كذلك رواه عن مالك وقال: لا أدري ما هذا.

قلت: ما نقله أبو عمر بن عبد البر صحيح، وكذلك نقله غيره عنه كالمتيطي

وما نقله عن ابن الجلاب قال بعض شيوخنا هو وهم وإنما فيه مثل ما في المدونة قال الشيخ خليل: ولعل ما في الكافي محمول على ما إذا دخل بها وتصادقا على نفي الوطء وإلا فلا يصح إذ لا عدة على غير مدخول بها لنص القرآن.

(ومن قال لزوجته أنت طالق فهي واحدة حتى ينوي أكثر من ذلك):

ظاهر كلام الشيخ أنه يقبل قوله بغير يمين وهي رواية المدنيين وقيل: لا بد من يمينه قاله ابن القاسم وجعله ابن بشير المشهور قائلاً: وهما جاريان على يمين التهمة، وإذا نوى بقوله: أنت طالق واحدة الثلاث فإنه تلزمه الثلاث بلا خلاف لأنه طلق بنية صحبها قول ويكون أراد إيقاع الثلاث مرة واحدة في كلمة واحدة، وكذلك لو قال: أنت طالق واحدة ونوى به الثلاث، وهو أبين في التقدير من المسألة الأولى.

وفي المدونة ولو قال لها: أنت طالق تطليقة ونوى اثنتين أو ثلاثًا فهو ما نوى وإن لم ينو شيء فهي واحدة وهذه أشد إشكالاً من المسألة الأولى لأنه يبعد ذلك التقدير المتقدم في قوله تطليقة ولذلك قال بعض من تكلم عليه يختلف هل هو طلاق باللفظ أو بالنية.

قال ابن عبد السلام: يعني أن اللفظ لا يطابق هذه النية لا لغة ولا شرعًا فيجب أن يكون بالنية وحدها وقد تقدم أن المشهور عدم اشتراط اللفظ الموضوع للطلاق وأنه يلزم بقوله واسقني الماء إذا أراد الطلاق أو لا يعد من الطلاق بالنية ولو قال: أنت طالق الطلاق فهي طلقتان إلا أن يريد به واحدة، نقله ابن عات عن ابن سحنون، وهي أول مسألة في الأيمان بالطلاق من المدونة من طلق زوجته فقيل له ما صنعت فقال هي طالق وقال: إنما أردت إخباره بالتطليقة التي طلقتها قبل قوله واختلف هل بيمين أم لا؟

فقال أبو القاسم بن محرز: يحلف إن تقدمت له فيها طلقة وعزاه ابن يونس لبعض شيوخنا بعد أن قيد المدونة باليمين مطلقًا، وقال عياض: إنما ذلك إذا أراد رجعتها وحيث يجب حلفه قال عبد الحق: إن أبى فلا رجعة له وعليه نفقتها في عدتها لإقراره إلا أن يقر أنها الثلاث أو يوقعها، وقال ابن شاس: إن لم تكن له نية في لزومه طلقة أو طلقتان قولان للمتأخرين وفي كتاب ابن المواز من أشهد رجلاً أن امرأته طالق ثم آخر كذلك وقال: إنما أردت واحدة دين وحلف اختلف هل اليمين في هذه أبين من الأولى أم لا؟ لأن كثرة الشهود مما يقصده الناس قولان للأكثر وعياض.

(والخلع طلقة لا رجعة فيها وإن لم يسم طلاقًا إذا أعطته شيء فخلعها به من نفسه):

قال في المدونة: والمختلعة هي التي تختلع من كل الذي لها والمفتدية التي تعطيه بعض الذي لها والمبارئة هي التي تبارئ زوجها قبل الدخول تقول له خذ الذي لك وتاركني، وروى محمد بن يحيى: والمبارئة هي التي لا تأخذ ولا تعطي والمختلعة هي التي تعطي ما أعطاها وزيادة عليه، والمفتدية هي التي تعطي بعض ما أعطاها وكذلك المصالحة، ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم المفتدية هي التي تترك كل ما أعطاها.

وقال أبو عمر بن عبد البر: الخلع والصلح والمفتدية سواء وهي أسماء مختلفة ومعانيها متفقة ومنهم من قال: الخلع أخذ الكل والصلح أخذ البعض والفدية أخذ الأكثر والأقل، وما ذكر الشيخ أن الخلع طلقة بائنة هو المذهب وقال الشافعي في أحد قوليه إنه يفسخ إذا لم يذكر طلاقا، وإعطاء الأجنبي مالا كإعطاء الزوجة ولذلك يتحيل به في إسقاط موجبات الطلاق الرجعي والخلع قال في المدونة: وإذا أُخذ منها شيء وانقلبت وقالا ذلك بذلك ولم يسميا طلاقًا فهو طلاق الخلع وإن سميا طلاقًا لزم ما سميا. وأخذ منها بعض من لقيناه من القرويين أن الحفر والدفن الواقع بين أهل البادية في زماننا تلزم فيه طلقة واحدة ما لم يكن عرف بأكثر.

وصورة ذلك أن يحفر أحدها حفرة ويردمها الأخر إشارة منهما إلى المتاركة وعدم المطالبة بشيء، وقال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى: هذه إقامة ضعيفة وإن كنت أقول بموجبها لأن هذا فعل صحبه قول وهو قوله وقالا ذلك بذلك، وفي الفرع المقيس فعل خاصة فهو أضعف فلا يلزم ما قيل والله أعلم.

قلت: وفيما قاله نظر لأن القضاء بهما ملزوم للقول غالبا، واختلف في جواز الغرر في الخلع على أربعة أقوال: الجواز قاله الغير في المدونة على ظاهر قوله لأنه يرسل من يده بالغرر ولا يأخذ والغير هو ابن نافع والكراهة لأصبغ وهو أحد قولي ابن القاسم.

والمنع والجواز في الغرر الذي يقدر على إزالته وعدم الجواز فيما لا يقدر على إزالته واختلف إذا وقع لفظ الخلع على غير عوض على ثلاثة أقوال طلقة رجعية طلقة بائنة ثلاثًا.

(ومن قال لزوجته أنت طالق البتة فهي ثلاث دخل بها أو لم يدخل):

ما ذكر الشيخ هو مذهب المدونة وقيل ينوي إن لم يكن دخل بها نقله الباجي

عن مالك وابن زرقون عن ابن الماجشون قال الباجي: وسبب الخلاف هل تتبعض البتة أم لا؟ وجعل ابن بشير المشهور وما في المدونة وجعل ابن الحاجب القول الثاني هو المشهور فيها وفي سائر الكنايات الظاهرة، قال الشيخ خليل ومثله لابن غلاب وحكم بتلة مثل بتة قاله ابن شاس[1].

(وإن قال: أنت برية أو خلية أو حرام أو حبلك على غاربك فهي ثلاث في التي دخل بها وينوي في التي لم يدخل بها):

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة إلا في قوله: حبلك على غاربك فإن ظاهرها يقتضي أنه لا ينوي مطلقًا قاله اللخمي، وفي كتاب محمد وغيره أنه ينوي قبل الدخول أو يحلف ويقوم منها في حبلك على غاربك أنه إذا قال لها: أنت أطلق من الأرنب في فحص كذا أنه يلزمه الثلاث.

وبه أفتى ابن عات لما نزلت بقرطبة، وأفتى ابن القطان بطلقة رجعية إلا أن ينوي الثلاث مستدلاً بقول المدونة إذا قال: أنت طالق لا رجعة لي عليك أنها رجعية إلا أن ينوي الثلاث وذكر القولين ابن حمديس واختار الأول، واختلف إذا قال: أنت عليَّ حرام على سبعة أقوال، فقيل ينوي مطلقًا نقله أبو عمر في الكافي عن مالك وجماعة من أصحابه، وعكسه قاله عبد الملك وقيل كما قال الشيخ وهو قول مالك وابن القاسم

---

(١) قال الشيخ البرنسي: كل هذه الألفاظ من الكناية الظاهرة في الطلاق فلا يقبل قوله في إرادة غيره وإنما اختلف هل يقبل في نية الواحدة بها ففي البتة والبتلة هي ثلاث دخل بها أو لم يدخل على المشهور وروى عبد الملك ينوي قبل الدخول لا بعده وظاهر ما في الإرشاد أنه المشهور ولا يصح والمشهور في الخلية والبرية كذلك وهو خلاف كلام الشيخ وحيث ينوي فقال مالك يحلف وقال سحنون إذا أراد تجديد نكاحها فإما حرام ففيها سبعة أقوال في المذهب وسبعة خارجه والمشهور ما ذكر فيه ومعنى (حبلك على غاربك) أنت مسرحة فإن العرب إذا فسخت الخطام عن البعير وجعلته بين سنامه وعنقه وأرسلته للرعي قالت حبله على غاربه أي هو مطلوق لنفسه قاله الأزهري وقد قال أبو عمران ينوي فيه قبل البناء اتفاقًا اللخمي.

وظاهر المدونة لا ينوي وللباجي مقتضى المذهب لا ينوي وإنها ثلاث ومعنى (برية) من البراءة أي بريت من الزوج وخلا منها (والحرام): الممنوع منه وهو منها والكناية المحتملة: كاذهبي اغربي واخرجي وانصرفي واعتدي والحقي بأهلك فيقبل في ذلك ما أراده قال في الإرشاد: والمشهور أن السراح والفراق كناية وقيل: صريح وفروع الباب ومسائله كثيرة فانظرها وبالله التوفيق.

وهو المشهور وقيل يلزم فيها طلقة بائنة رواه ابن خويز منداد، وقيل: طلقة رجعية قاله ابن مسلمة وقيل واحدة قبل البناء وثلاث بعده قاله أبو مصعب وابن عبد الحكم.

وقيل: لا يلزمه فيه شيء نقله عياض في الإكمال عن أصبغ، وظاهر لفظ اللخمي والمازري والباجي وغيرهم أن معنى القول بأنه لا ينوي بعد البناء أنه مطلقًا ولو مستفتيًا ولابن رشد بعض أصحاب سحنون خلافه، وأطلق المازري وعياض والأكثر فرض المسألة وقيدها اللخمي بكونه أراد الطلاق فيسقط السابع، وعبر المازري بقوله أولا: أنت علي حرام، وثانيًا: بقوله الحلال عليَّ حرام، وكان الشيخ الصالح العالم أبو الربيع سليمان المراغي مفتيا بسوسة فأفتى بالحلال علي حرام لرجل بطلقة وأمر من كان حينئذ قاضيا بها أن يحكم بذلك ليكون محترما بحكم الحاكم، وحمله على هذا كون الرجل له أولاد من زوجته فبلغ الخبر إلى الشيخ الفقيه أبي القاسم الغبريني وكان مفتيا بتونس فأفتى بنقض ذلك الحكم وإلزامه الثلاث قائلاً: محجرا على قضاة القرى أن لا يحكموا إلا بالمشهور ولا يعول إلا على مفتي تونس بإفريقية لا على غيره.

قلت: وهذا منه رحمه الله تعسف كما ترى بل كل من يعرف بالعلم، وإن كان في بادية يعول على فتواه إذ رآه الناس أهلا لذلك كالشيخ المذكور نفعنا الله بعلمه وعمله ولقد رأيت بعض من لقيته من القرويين وهو شيخنا أبو محمد عبد الله الشبيبي رحمه الله قام له على قدميه إجلالا لما يظن به وهو يقرئنا العلم في مسجده المعروف به وما رأيته عمل ذلك لأحد غيره قط إذا كان لا يخاف في الله لومة لائم.

وفي المدونة قيل فيمن قال علي حرام إن فعلت كذا قال لا يكون الحرام يمينا في شيء إلا أن يحرم به زوجته فيلزمه الثلاث فإن قلت ما بال البراذعي اقتصرها سؤالا وجوابًا كما هي في الأم قلت قال بعض شيوخنا لاحتمال لفظه أن يحرم زوجته كونه بالنص عليها أو بالنية أو بمجرد التعليق، قال اللخمي: من قال عليَّ حرام ولم يقل أنت أو قال الحلال حرام ولم يقل علي فلا شيء عليه ومثله لابن العربي في الأحكام له قائلاً: وإنما يلزمه في قوله أنت حرام وأنت علي حرام والحلال علي حرام ولو قال ما انقلبت إليه حرام أو ما أعيش فيه حرام وأما ما أملكه حرام علي فإنه يلزمه إلا أن يحاشي وهل يكفي إخراجها بقلبه؟ قاله أكثر أصحابنا ولا يحاشيها إلا بلفظه كما دخلت في لفظه قاله أشهب في ذلك قولان.

وفي المدونة إذا قال: أنت علي حرام وقال: أردت الكذب لا الطلاق لزمه

التحريم ولا ينوي لقول مالك في شبهه ولا نية له سأل عمن لاعب امرأته فأخذت بذكره تلذذ فنهاها فأبت فقال هو عليك حرام وقال أردت أن أحرم أن تمسه لا تحريم امرأتي فوقف وخشي أنه حنث وألزمه غيره من أهل المدينة التحريم وهذا عندي أخف والذي سألت عنه أشد وأبين إلا أن ينوي لأنه ابتدأ التحريم من قبل يمينه وما سأل عنه مالك كان له سبب ينوي به.

(والمطلقة قبل البناء لها نصف الصداق إلا أن تعفو عنه هي إن كانت ثيبا):

لا خلاف في المذهب أن المطلقة قبل البناء وقد سمي لها أن لها نصف الصداق لقوله تعالى ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٣٧] الآية، واختلف المذهب هل تملك المرأة جميع الصداق بالعقد أم لا؟ على ثلاثة أقوال، فقيل تملك جميعه بالعقد قاله عبد الملك، وهو قول رهونها قال فيها ومن راهن امرأته رهنا قبل البناء بجميع الصداق جاز ذلك لأن عقد النكاح يوجب لها الصداق وقيل: تملك النصف خاصة ويكمل بالموت قاله مالك وابن القاسم وقيل: غير مستقر يستقر نصفه بالطلاق وكله بالموت وقيل: تملك النصف خاصة ويكمل بالموت قاله مالك وابن القاسم، وقيل: غير مستقر يستقر نصفه بالطلاق وكله بالموت قاله ابن رشد على مقتضى المذهب مبطلا الأول بأنه لو وجب به لما سقط بالردة ومبطلا الثاني باستحقاقها كله بالموت، والموت لا يوجب شيء.

ومفهوم كلام الشيخ أنه لو بنى ثم طلقها فإن لها جميع الصداق إن لم يطأها وهو كذلك عند مالك من رواية ابن القصار، وبه قال المغيرة، وقيل إن لها النصف وإن طالت إقامته معها قاله ابن أبي سلمة وعبر عنه في المدونة بقوله، وقال ناس لها نصفه وإنما عبر عنه بذلك؛ لأن له اتباعا، وفي المدونة إن طالب إقامته معها فلها جميعه لطول تلذذه وأخلاقه شورتها، قال أبو عمران فظاهرها إن انخرم تخليق الثياب والتلذذ لم يجب كل المهر، وقال المتيطي أسقط البراذعي لفظ وخلق ثيابها ذكره كالمعترض عليه وأجابه شيخنا أبو مهدي عيسى أيده الله تعالى بأن طول الإقامة مستلزم لتخليق الثياب فرأى أن ذكره لا يحتاج إليه والطول سنة وقيل: ما يعد طولا في العرف.

قال ابن بشير: وفي المذهب قول ثالث إنه أكثر من السنة وهو راجع إلى القول بالعرف واختار اللخمي أن يكون لها النصف وتعارض من تمتعه بها واختلف إذا افتضها بإصبعه فقيل لها كل المهر قاله ابن القاسم وقيل: لها النصف مع ما شأنها، وفرق

اللخمي بين أن يرى أنها لا تتزوج بعد لا مهر ثيب أم لا، واختلف في استحقاق المهر بوطء الدبر أم لا وفيه نظر وفي البكر أبعد، قلت: وفي كتاب الرجم لو جامع في الدبر انحل الإيلاء فأخذ منه بعض شيوخنا أن لها جميعه.

(وإن كانت بكرا فذلك إلى أبيها وكذلك السيد في أمته):

ظاهر كلام الشيخ وإن بلغت وروى ابن زياد عن مالك رفع الحجر عنها ببلوغها وفي رواية مطرف استحباب تأخير أمرها العام ونحوه من غير إيجاب وظاهره وإن كانت معنسة، وهو كذلك في أحد الأقوال الثلاثة قال في المدونة: وإذا عنست الجارية البكر في بيت أبيها وأونس منها الرشد جاز عتقها وهبتها وكفالتها قيل هذا قول مالك قال: هذا رأيي وقوله إن ذلك ليس بجائز هو الذي يعرف.

قال ابن القاسم وقد سأل مالك عن الجارية المعنسة إذا أعتقت أجائز؟ قال إن أجازه الوالد، وسئل ابن القاسم في باب آخر عن البكر التي عنست في بيت أهلها تجوز كفالتها، قال: قال مالك في هبتها وصدقتها إنها لا تجوز فكذلك كفالتها لا تجوز وكان مالك مرة يقول فما وجدت في كتاب عبد الرحيم إنها إذا عنست جاز أمرها قيل هي ثلاثة فعلى قول ابن القاسم تجوز أفعالها بشرطين إيناس الرشد مع التعنس.

وعلى قول مالك ثلاثة شروط يزاد إلى ما ذكر إجازة الولد وعلى رواية عبد الرحيم شرط واحد وهو التعنيس، ومعنى قوله: إن أجازه الوالد إن قال في المجهولة الحال هي رشيدة لأن المعلوم سفهها لا يجوز له إجازة تبرعاتها فإن قلت: ما بال البراذعي اختصرها سؤالا وجوابًا في قوله هذا قول مالك على ما هو عليه في الأم وجرت عادته لا يفعل ذلك إلا لمعنى من المعاني فما هو هذا المعنى لا يجيبه إلا بما سمع من مالك، أو ما هو جار على ما سمع ولولا أن سحنونا أعاد السؤال بقوله أهذا قول مالك؟ لفهمه أن ما أجابه به ابن القاسم هو قول مالك قال: وكذلك استدلال ابن القاسم كفالتها لا تجوز لسماع مثله من مالك في هبتها وصدقتها ضعيف لأن الكفالة مرجع ولذلك قال ابن الماجشون: يجوز للمرأة أن تتكفل بجميع مالها وتقدم الخلاف في سن العانس في أوائل النكاح.

(ومن طلق فينبغي له أن يمتع ولا يجبر والتي لم يدخل بها وقد فرض لها لا متعة لها):

اعلم أن قوله: «ولا يجبر» تأكيد؛ لأن قوله ظاهر في أنها مستحبة ومعلوم أن المستحب لا يجبر عليه من أباه وما ذكرناه من أنها مستحبة هو المشهور، وقيل: إنها

واجبة، قاله ابن مسلمة وابن حبيب والأبهري وبه قال السيوري وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وإن ماتت الزوجة دفعها إلى ورثتها قاله ابن القاسم، وقال أصبغ: لا شيء لهم لأنه عوض لها وتسلية من الطلاق ولو بقيت حية لدفع ذلك إليها وإن طالت المدة، قاله ابن القاسم، قال أبو عمران الفاسي: وهي على قدر حالها وقال أبو عمر بن عبد البر بل هي على قدر حاله وقيل: بقدر حالهما قاله ابن رشد وعزاه ابن عبد السلام لابن خويز منداد.

وفي التهذيب عن ابن عباس وغيره أعلاها خادم ونفقة وأدناها كسوة ويعني بالنفقة ما يقرب من ثمن الخادم وقال ابن منذر في الإشراف: أعلاها خادم ثم كسوة ثم نفقة وهو خلاف ما تقدم وإتيان سحنون بالنص عن المتقدمين هو آخذ به على ما دل عليه السياق وكثيرًا ما يفعل ذلك.

(ولا للمختلعة):

يريد وكذلك المصالح والمفتدية ومن اختارت نفسها للعتق والملاعنة نص على جميع ذلك في المدونة وكذلك لا متعة لمن قامت بعيب ولا لمن فسخ نكاحها العارض حدث نص على ذلك الشيخ أبو الحسن اللخمي، واختلف في متعة المخيرة والمملكة فروى ابن وهب ثبوت المتعة ونفاها ابن خويز منداد وهو المشهور قاله ابن رشد.

(وإن مات عن التي لم يفرض لها ولم يبن بها فلها الميراث ولا صداق لها ولو دخل بها كان لها صداق المثل إن لم تكن رضيت بشيء معلوم):

ما ذكر الشيخ من ثبوت الميراث لها وهو كذلك لا أعلم فيه خلافًا وما ذكر من نفي الصداق هو المشهور، وحكى عبد الحميد الصائغ قولين لها الصداق، وقال ابن بشير: هو شذوذ قال خليل واختار ابن العربي وغيره ما نقله عبد الحميد لما رواه الترمذي وصححه أنه عليه السلام قضى به ولا خلاف أنه إذا طلقها لا تستحق شيئًا.

(وترد المرأة من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج)[1]:

---

(١) قال الشيخ الفاسي: أصل هذا الباب قول عمر رضي الله عنه: «أيما رجل تزوج امرأة فوجد بها برصًا أو مجنونة أو مجذومة فلها الصداق بمسيسه إياها وهو له على من غره فيها». أخرجه مالك في موطئه وسعيد بن منصور وابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب ورواه عن علي كرم الله وجهه وزاد «أو بها قرن في فرجها» فذكره الباجي.

و(الجنون): الصرع أو الوسواس المذهب للعقل ابن وهب المعتوه والمطبق ومن يعتل مرة بعد
=

ما ذكر أنها ترد من العيوب الأربعة هو مذهبنا فالجنون هو الصرع أو الوسواس المذهب للعقل، وأما الجذام فهو معلوم، وفي مختصر ما ليس في المختصر يرد النكاح للجذام لأنه يخشى حدوثه بالآخر ولأنه لا تطيب نفس الواطئ وقل ما يسلم ولدها وإن سلم كان في نسله.

وظاهر كلام الشيخ أنها ترد من الجذام وإن قل وهو كذلك نص عليه غير واحد كالمتيطي وكذلك ظاهر كلامه في البرص وترد بفاحش القرع لأنه من معنى الجذام والبرص نقله الباجي عن ابن حبيب قائلاً: لم أره لغيره من أصحابنا وظاهر المذهب خلافه وأنه كالجرب ونقل المتيطي عن فضل أنه قال هو خلاف قول مالك ولما نقل ابن عبد السلام كلام الباجي قال: كلام ابن حبيب عندي أقرب إلى أصول المذهب لأن التأذي عندي بالقرع أشد من التأذي بالجرب وأيضًا فإن القرع عسير الزوال بخلاف الجرب والله أعلم وداء الفرج ما يمنع الوطء ولذاته كعفل لا يقدر معه على الوطء.

وفي وثائق ابن العطار ما يمنع الجماع وتعقبه ابن الفخار قائلاً: هو خطأ، وإذا

=

مرة سواء ظاهر الرسالة كالمدونة وردها بالعيوب الأربعة ولا فرق في الثلاثة الأول بين القليل والكثير إذا تقدم على العقد وما حدث بها بعده مصيبة نزلت بالرجل وفي «مختصر ما ليس في المختصر» يرد بالجذام ولو قل لما يخشى حدوثه بالآخر ولأنه لا تطيب نفس معه وقلما يسلم ولدها فإن سلم كان في نسله اللخمي يلزم عليه رده في جذام أحد الأبوين. ولابن رشد برص المرأة إن كان كثيرًا أو يسيرا لا تؤمن زيادته ردت باتفاق وإن أمنت زيادة يسيرة فباختلاف وقال الباجي عن ابن حبيب فاحش القراع كالجذام قال وظاهر المذهب خلافه وأنه كالجرب وللباجي عن ابن حبيب فاحش القرع وداء الفرج ما يقطع لذة الوطء كالعفل والرتق والقرن.

وروى محمد ما هو عند أهل النظر من داء الفرج رد به وإن لم يمنع الوطء كالعفل القليل والقرن وحرق النار ابن الفاكهاني عيوب فرج المرأة ستة الرتق بالفتح وهو التحام الفرج حتى لا يمكن دخول الذكر إياه والعفل بالفتح أيضًا لحمه في وسط الفرج تمنع الوطء والقرن بالفتح وبالسكون وهو عظم فيه مانع أيضًا والاستحاضة معلومة والبخر الرائحة التي تخرج من الفرج عند الجماع والإفضاء وهو اختلاط السبيلين. وزاد بعضهم العذيطة وهي الحدث عند الجماع ويرد بها الزوج كسائر ما تقدم من العيوب وإن كان سابقًا على العقد ولم يعلم به إلى زمن الدخول ولم يقع مسيس بعد العلم فإن أمكنته عالمة بعيبه فهو رضي كما إذا بنى بها عالما وأفتى أحمد بن نصر صاحب سحنون في ادعاء كل منهما العذيطة على صاحبه إن يطعم أحدهما تينا والآخر فوسًا ثم ينتظر فراشها وثبوت عيب سائر الجسد بالرجال وفي إثبات عيب الفرج بنظر النساء وتصديقها بيمينها قولان لمالك والله أعلم.

أنكرت دعوى عيبها فما كان ظاهرًا كالجذام بوجهها وكفيها ثبت بالرجال وما كان بسائر جسدها غير الفرج ثبت بالنساء وما كان بالفرج فقال مالك تصدق ومثله لابن القاسم وغيره، وقال سحنون: ينظرها النساء، ونقله أبو عمر عن مالك من رواية علي وبه قال ابن لبابة ونقله عن مالك وأصحابه ونقله حمديس وغيره من رواية ابن وهب.

قال ابن أبي زمنين: هو مثل قول المدونة في نظر النساء إلى الفرج قال المتيطي: إن أراد قول نكاحها الأول ما علم أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج ردت به لا مكان تقارر الزوجين على صفته ثم يسأل أهل المعرفة به عن ذلك وعلى الأول فقال ابن الهندي تحلف وقال الشيخ أبو إبراهيم: ولها رد اليمين على الزوج قال: ورأيت بعض من مضى يفتي به والكلام في هذا الفصل متسع جدًّا ومحله المدونة ولولا الإطالة لذكرناه.

وقوله: فإن دخل بها ولم يعلم أدى صداقها ورجع به على أبيها وكذلك إن زوجها أخوها يقوم من كلام الشيخ أن من أكرى مطمورة وهو يعلم أنها تسيس فساس ما عمل فيها المكتري فإنه يرجع عليه، وبذلك حكم ابن عبد السلام ولو باعها لما رجع عليه بشيء ومثله في نوازل الشعبي عن محمد بن عبد الحكم الخولاني فيما إذا أكرى أو باع خابية دلس فيها بكسر وعلم أن المشتري يجعل فيها سمنا أو زيتا فانهرق من كسرها فإنه يضمن في الكراء لا في البيع.

وما ذكر الشيخ من أن الرجوع على الولي هو المذهب ويمكن عندي أن يتخرج في عدمه قول بنفيه من عموم قول ابن بشير اختلف في الغرور بالقول: الفعل على ثلاثة أقوال ثالثها يثبت الغرم في الغرور الفعلي دون القولي والله أعلم.

ولا خصوصية لذكر الأب والأخ بل كذلك الولد قال ابن رشد في قريب القرابة هو الأب والابن والأخ قاله مالك في موطئه وابن حبيب في واضحته.

قلت: والأقرب أن الجد من قريب القرابة وهو ظاهر قول المدونة ويرجع به الزوج على وليها إن كان الذي أنكحها أبا أو أخا أو من يرى أنه يعلم ذلك منها يريد كالجد وأما الابن فقد دل عليه ذكر الأخ من باب أحرى وبه قال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني.

وذهب إلى الأول بعض من لقيناه من القرويين، وظاهر كلام الشيخ أن للولي الرجوع عليه لا يرجع على المرأة بشيء وهو كذلك، وظاهر كلامه أيضًا أنه يرجع

على الولي في كل عيب من العيوب الأربعة وهو المشهور وحكى فضل من عيسى بن دينار أن داء الفرج لا يرجع به إلا على المرأة خاصة وزعم أنه في العتبية، وتعقب بأنه لم يقع له ذكر فيها فيما عندنا، وظاهر كلامه أن قريب القرابة يرجع عليه ولو غاب غيبة بعيدة بحيث يخفى عليه خبرها وهو كذلك عند أشهب ربطًا للحكم بمظنته.

وقال ابن حبيب: يحلف ما علم به ويسقط عنه الغرم ويرجع على الزوجة ويترك لها ربع دينار وظاهر كلامه ولو أعسر الولي فإنه لا يرجع على المرأة وهو كذلك قاله مالك وابن القاسم وقال ابن حبيب يرجع عليها إن كانت موسرة فإن كانا معدمين فإنه يرجع على أولهما يسرا.

(وإن زوجها ولي ليس بقريب القرابة فلا شيء عليه ولا يكون لها إلا ربع دينار):

إنما قال يترك لها ربع دينار لئلا يعرى البضع عن عوض وظاهر كلام الشيخ أن الحكم عام في سائر العيوب وهو كذلك، ونقل ابن رشد عن بعض المتأخرين أن الجنون والجذام محمول على العلم به من كل الأولياء، وكذلك برص الوجه والذراع والساق، وأما داء الفرج الخفي فالأولياء كلهم فيه محمولون على الجهل، وأما داء الفرج الظاهر للأم فالأب فيه وحده محمول على العلم، وأما البرص في غير الأطراف فقريب القرابة محمول على العلم فيه بخلاف غيره، وظاهر كلامه أنه لا يمين على الولي البعيد وهو كذلك عن ابن المواز، وقال ابن حبيب: إن اتهم حلف وتعقب بعض شيوخنا إطلاق ابن الحاجب الخلاف في قوله وفي تحليفه قولان والولي البعيد كابن العم أو السلطان.

(ويؤجل المعترض سنة فإن وطئ وإلا فرق بينهما إن شاءت):

يعني من يوم ترافعه نص على ذلك في المدونة ونقله الباجي من رواية محمد قال: وتحقيقه من يوم الحكم إذ قد يطول إثبات عنته، وظاهر كلام الشيخ أنه لا فرق في ذلك بين الحر والعبد وهو كذلك قاله ابن الجهم وحكاه عبد الوهاب عن مالك، وبه قال جمهور الفقهاء، قال اللخمي: وهو أقيس لأن العلة في أجله إنما هو لتمر عليه الفصول الأربعة وذلك يعطي أن لا فرق بينهما وقيل: أجل العبد نصف سنة قاله في المدونة ونصها في كتاب النكاح الأول وأجله في الفقد والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر، وعزاه ابن عبد البر لمالك وأصحابه.

وقال المتيطي: وبه الحكم وكل هذا ما لم يسبق من المعترض وطء، وأما إن سبق فلا مقال لها، قال في النكاح الثاني من المدونة: من وطئ امرأته ثم حدث ما منعه

من الوطء من علة أو زمانة أو اعتراض عنها لا قول لامرأته ومثله في الإيلاء منها، وخرج اللخمي أن لها مقالا من قول مالك فيمن قطع ذكره بعد أصابته وظاهر كلامه أنه لو مرض في التأجيل أنه لا يزاد على السنة شيء وهو كذلك عند ابن القاسم قائلاً: ولو عم مرضه السنة كلها.

وقال أصبغ: إن مرض أعمها استأنف سنة، وقال ابن الماجشون: لا تطلق عليه بعد انقضاء السنة هكذا حكى هذه الأقوال الثلاثة المتيطي وغيره على أنه لا يبعد أن يرد القولان الآخران إلى قول واحد وكل هذا إذا مرض بعد التأجيل وأما لو رافعته وهو مريض فإنه لا يؤخر حتى يصح نقله الباجي عن يحيى عن ابن القاسم قال: ولو قطع ذكره في التأجيل فإنه يعجل طلاقها قاله ابن القاسم وقيل لا قول لها قاله أشهب وعبد الملك وأصبغ وغيرهم فلا فراق البتة وهي مصيبة نزلت بالمرأة قال خليل وحكي في البيان قولاً ثالثًا لا يعجل الفراق حتى تنقضي السنة إذ لعلها ترضى به.

(والمفقود يضرب له أجل أربع سنين من يوم ترفع ذلك وينتهي الكشف عنه ثم تعتد كعدة الميت ثم تتزوج إن شاءت):

ما ذكر الشيخ من أن ضرب الأجل بعد انتهاء الكشف عنه هو المشهور وقيل من يوم الرفع نقله اللخمي عن رواية مختصر ابن عبد الحكم قال الفاكهاني: وانظر على من تكون أجرة البعث للكشف هل هي على الزوج أو على الزوجة أو بيت المال فإني لم أر في ذلك نقلا؟ قلت والصواب أنها على المرأة لأنها هي الطالبة للفراق لاسيما إن ادعى الزوج عذرا منعه من الإتيان إلى بلده والله أعلم فاختار شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أنها من بيت المال.

واختلف هل يكتفي بالضرب للواحدة من نسائه أو يستأنف لمن قامت على قولين: الأول لمالك وابن القاسم، والثاني لأبي عمران واختاره بعض القرويين وكلاهما حكى المتيطي رحمه الله، وظاهر كلام الشيخ أنه لا يشترط في ضرب الأجل قاضي الجماعة، بل غيره كاف في ذلك وهو المشهور قال في ثاني نكاح المدونة ويجوز ضرب ولاة الصلاة، وصاحب الشرطة لأجل العنين والمفقود وقال سحنون لا يضرب أجله إلا من ينفذ كتابه في البلدان، قال فضل مثل قاضي الجماعة بقرطبة والقيروان وأن لا قاضي كورة الأندلس وإفريقية وعزا المتيطي قول سحنون لأبي مصعب وابن الماجشون لا غير وعلى الأول فنص أبو الحسن القابسي وأبو عمران على أن صالحي

البلد يتنزل منزلة القاضي عند عدمه وخرج على قول سحنون عدم الاكتفاء بذلك واختلف لأي شيء كان الأجل لأربع سنين فقال الأبهري لأنها أقصى أمد الحمل وضعف بأربعة أوجه:

أحدها: أن أجل العبد سنتان ولو كان كما قال للزم إطراده فيه كالحر.

الثاني: أن ذلك ينتقض عليه بالصغيرة التي أقام أبوها بحقها.

الثالث: أن قائله يقول سائرًا أو راجعًا لو قامت بعد عشرين سنة فلا بد من ضرب الأجل المذكور.

الرابع: اختلف في أقصى أمد الحمل فقيل إنه أمد وصول الكتاب في بلاد المسلمين، وقيل لأن الجهات أربع فيوجه إلى كل جهة منها، وقيل للإجماع باتفاق الأمة عليها ووقف نكاحها على موته فامتنع إحداث ثالث، واختلف إذا قدم زوجها بعد انقضاء عدتها، فقيل لا سبيل له إليها نقله ابن عيشون عن ابن نافع ولم يحفظها اللخمي له بل قال غير واحد من البغداديين إن الطلاق عليها من الضرر الذي يدركها من عدم الوطء، وعلى هذا لا يكون أحق بها وإن لم تتزوج وخرج رحمه الله أنه أحق بها ولو دخل بها الثاني من الكتابية تسلم وتتزوج ثم يثبت الأول أنه أسلم قبلها أو في عدتها، قال ابن رشد وفيه نظر لأن امرأة المفقود اجتهد لها الحاكم بعد الكشف وضرب الأجل وأذن لها في النكاح بخلاف النصرانية تسلم.

وقيل: هو أحق بها ما لم يعقد عليها النكاح وقيل: ما لم يدخل وكلاهما لمالك في المدونة قال سحنون فيها بالأول أخذ المغيرة وغيره وبالثاني أخذ ابن القاسم وأشهب، قال المتيطي وهو المشهور وبه القضاء وهو المروي عن عمر قال ابن رشد: وقول ابن نافع بعيد جدًّا لأن حكم الاجتهاد إذا بان خطؤه متفق على نقضه إجماعا ولو قيل على هذا إن المفقود أحق بها وإن بنى بها الثاني كالمنعي لها زوجها لكان له وجه في القياس، ولكن لم يقوله فأين هذا من قول ابن نافع إلا أنه يشبه الرواية فيمن خرص عليه أربعة أوسق فوجد خمسة إنه يعمل على ما خرص عليه فظاهر كلام ابن رشد قبول نقل كلام ابن عيشون ونبه عليه بعض شيوخنا. وقال أبو عمران وعبد الحق إن نقل ابن عيشون ضعيف.

(ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله):

ما ذكر الشيخ هو المشهور وقيل يقسم ماله بعد أربع سنين حكاه ابن رشد

وقبله خليل وعلى الأول فاختلف في حد تعميره فقال ابن القاسم وأشهب ومالك مرة سبعون سنة واختاره القاضي عبد الوهاب، وقال مالك وابن القاسم أيضًا ومطرف ثمانون واختاره أبو محمد وأبو الحسن القابسي وأبو القاسم بن محرز، قال ابن العطار وبه القضاء، وعن ابن القاسم تسعون، وقال ابن الماجشون وأشهب مائة وللداودي عن محمد بن عبد الحكم مائة وعشرون.

وفي نظائر أبي عمران قيل وستون سنة ذكره ابن عيشون قال المتيطي عن الباجي في تسجيلاته قيل: يعمر خمسًا وسبعين سنة، وبه القضاء وبه قضى ابن زرب وابن الهندي وكان ابن عبد السلام قاضي الجماعة يقضي بالثمانين وإذا فرعنا على القول بسبعين فإن فقد زيد لها عشرة وكذلك على القول بثمانين، قال أبو عمران وإن فقد ابن خمس وتسعين زيد خمس سنين وإن فقد وهو ابن مائة على القول به اجتهد فيما يزاد له.

وقال ابن سحنون: استحب أصحابنا أن يزد له عشر سنين وقيل العام والعامان وإن فقد ابن مائة بالأقل والاحتياطي إذا شهد به اثنان قيل: فإن لم يعرف الشهود تاريخ ولادته وشهدوا على التقدير نفذ ذلك ويأخذ بالأقل كما تقدم قال ابن الهندي: وإذا أثبت الحاكم موته بالسبعين وأراد الورثة قسم ماله فلا بد من إيمانهم على مبلغ سنة لأن البينة إنما شهدت بالتقدير ولو شهد بتاريخ الولادة لم يكن عليهم يمين ولا يضرب للأسير أجل وتبقى زوجته على حالها، قالوا لأن القاضي لا يمكنه الكشف عن حالها كما يمكنه ذلك في المفقود في بلاد المسلمين.

واختلف في المفقود في بلاد المسلمين في حرب العدو على أربعة أقوال حكاها المتيطي فقيل: تعتد زوجته بعد التلوم ولا يقسم ماله حتى يموت بالتعمير وهو قول أحمد بن خالد، وفي كتاب محمد حكمه حكم المفقود في زوجته وماله وأنكره ابن المواز، وقال مالك وابن القاسم هو كالأسير لا تنكح امرأته أبدًا ويوقف ماله حتى تعلم وفاته أو ينقضي تعميره وروى أشهب وابن نافع يضرب لامرأته سنة من وقت النظر لها فإذا انقضت سنة فإنه يورث ماله وتنكح امرأته بعد العدة.

وأما من فقد في فتن المسلمين فقال مالك: ليس في ذلك أجل وتعتذر زوجته من يوم التقاء الصفين وقال ابن القاسم: تتربص زوجته سنة ثم تعتد وعنه أنها داخلة في السنة، وقال في العتبية: إن كان ذلك في بلده تلوم الإمام لزوجته بقدر ما ينصرف من

هرب أو من انهزم، قال ابن القاسم وتعتد امرأته يوم التلوم وعنه من يوم اللقاء ويقسم ماله، وفي كتاب محمد أن ما بعد تتربص فيه الزوجة أربع سنين كالمفقود.

وأما ماله فمن قال إن العدة من يوم اللقاء؛ ورث ماله حينئذ ومن قال: أجل الزوجة أربع سنين كالمفقود؛ قال يقسم ماله بعد التعمير، واختلف على القول أن الزوجة تتربص سنة فقيل يقسم ماله بعد السنة، وقال ابن حبيب بعد التعمير ولسحنون قول ثالث فانظره، وأما من فقد من الطاعون فيحكم فيه بحكم الموت ناجزًا وكذلك حكم البادية ينتجعون في الشدائد من ديارهم إلى غيرها أمن البوادي ثم يفقدون نص عليه اللخمي.

(ولا تخطب المرأة في عدتها)[1]:

لا خلاف أن تصريح خطبة المعتدة حرام فإن فعل ووقعت المواعدة فيها فلا يتزوجها بعد فإن فعل فخمسة أقوال حكاها المتيطي والمشهور يستحب الفراق بطلقة ثم تعتد ثم يخطبها إن شاء وقيل يجب الفسخ بغير قضاء، وقيل بالقضاء وكلاهما لابن القاسم، وقيل بمثل ما قبله وتحرم عليه للأبد قاله أشهب في سماع عيسى إن كانت المواعدة تشبه الإيجاب فليفارقها بطلقة ولا ينكحها أبدًا وإن كانت تشبه التعريض ثبت النكاح.

قلت: ما ذكره من الاضطراب عن ابن القاسم إنما عزاه اللخمي لابن الماجشون وما ذكره من سماع عيسى نقله ابن حارث.

(ولا بأس بالتعريض بالقول المعروف):

اعلم أن لا بأس هنا لصريح الإباحة وهي على ثلاثة أقسام.

تارة تكون كما قلناه كقوله في الرسالة «ولا بأس بالسواك للصائم»

وتارة تكون لما غيره خير منه كقوله «ولا بأس بعتق الأعور في الظهار» إذ فيه

---

(١) قال سيدي زروق: صريح خطبة المعتدة ومواعدتها حرام ولو كانت مستبرأة من زنا، ووليها المجبر مثلها وغيره يكره على المشهور وفي الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم أنه كان يقول التعريض قول الرجل للمرأة في عدتها إنك علي لكريمة وإني فيك لراغب وإن الله سائق إليك خيرا ورزقًا ونحوه وروى ابن حبيب لا بأس أن يهدي لها ولا أحب أن يفتى به إلا من تحجزه التقوى عما وراءه وقال إسماعيل القاضي إنما يعرض بالخطبة لفهم مراده إيجابًا وفي المقدمات يجوز تعريض كل منهما للآخر والله أعلم.

اختلاف ولقائل أن يقول «إن لا بأس» هنا لصريح الإباحة أيضًا ألا ترى إلى قول مالك في المدونة في كتاب الظهار وأجاز مالك عتق الأعور.

وتارة لما هو خير من غيره كقوله: «ولا بأس بغسل أحد الزوجين، صاحبه من غير ضرورة».

ومن التعريض قوله إنك عليَّ لكريمة وإن الله لسائق إليك خيرا وإني لأرجو أن أتزوجك وتبرأ ابن الحاجب من بعض ألفاظ التعريض وكأنه رأى أنها تقرب من التصريح ونصه قالوا: مثل إني فيك لراغب ولك محب وبك معجب تعريض، ونقل الباجي عن إسماعيل القاضي إنما يعرض للخطبة ليفهم مراده للإيجاب، وفي المقدمات يجوز التعريض من كلا الجانبين معًا، وروى ابن حبيب لا بأس أن يهدي لها، ولا أحب أن يفتى به إلا لمن تحجزه التقوى عما وراءه.

وأما المواعدة وهي مفاعلة لا تكون إلا من الجانبين فإنها في العدة لا تجوز قاله ابن حبيب ونحوه قال اللخمي: النكاح والمواعدة في العدة ممنوعان فظاهره أن المواعدة حرام ونبه عليه بعض شيوخنا، والهدية في زماننا أقوى من المواعدة فالصواب حرمتها إن لم تكن مثله قيل وأما العدة بالتخفيف وهي أن تكون من جانب واحد فحكمها الكراهة باتفاق خوف خلف الوعد.

(ومن نكح بكرا فله أن يقيم عندها سبعًا دون سائر نسائه وفي الثيب ثلاثة أيام):

ظاهر كلام الشيخ أنه حق للزوج لقوله فله إذ هو الواقع في أكثر النسخ وهو كذلك في رواية أشهب وفي رواية ابن القاسم أنه حق للزوجة وكلاهما حكاه ابن يونس، وحكى الباجي عن ابن القصار أنه حق لهما معًا فجاءت الأقوال الثلاثة وعلى الثاني فإنها مما يقضي به لأن الأصل أن من له حق يقضي له به عند التشاجر نقله الباجي عن ابن عبد الحكم وهو الصحيح قاله القاضي أبو بكر قال أصبغ: لا يقضي عليه وعلى أنه حق لها فالحكم عام، وإن لم يكن للزوج امرأة غيرها في رواية الفرج عن مالك وبه قال ابن عبد الحكم.

وقال القاضي أبو بكر: لا معنى له فلا يلتفت إليه بل يسقط حقها وعزا المتيطي هذا القول لمشهور المذهب وعزاه ابن يونس لنص ابن حبيب وظاهر رواية محمد عن مالك، وظاهر كلام الشيخ سواء كانت الزوجة حرة أو أمة مسلمة أو كتابية وهو كذلك باتفاق وسمع ابن القاسم، لا يتخلف عن الجمعة ولا عن الجماعات، ونقل

سحنون عن بعض الناس لا يخرج وهو حق لها بالسنة ونقل ابن يونس عن بعض فقهائنا بأنه يرجع إلى أقرب مذكور وهو الجماعات وأما الجمعة فلا.

قلت: هذا يدل على أنه قول مذهبي ولم يقيده اللخمي، وخرجه على أن الجمعة فرض كفاية وقبله المازري ورده ابن بشير بأن كون فرضيتها على الكفاية لم يذهب إليه إلا أصحاب الشافعي وجمهور الأئمة على خلافه ظنا منه أن القائل بالتخلف مذهبي، فلذلك قال المشهور لا يتخلف والشاذ يتخلف فلعله عند اللخمي خارج المذهب لأن نقله كالأكثر حكاه سحنون عن بعض الناس.

وكان بعض شيوخنا يتردد هل هو مذهبي أم لا والأقرب الجزم بالأول وإنما عبر سحنون ببعض الناس إشارة لضعفه والله أعلم.

وقال اللخمي: العادة اليوم أن لا يخرج إلا للصلاة وإن كان خلوا من غيرها وعلى المرأة لخروجه وصم وأرى أن يلزم العادة، قال محمد بن عبد الحكم إن زفت إليه امرأتان في ليلة واحدة أقرع بينهما وقال اللخمي: وعلى أحد قولي مالك إن الحق له فهو مخير دون قرعة.

قلت: واختار بعض شيوخنا إن سبقت إحداهما بالدعاء للبناء فهي مقدمة وإلا فالسابقة بالعقد وإن عقدا معًا فالقرعة.

(ولا يجمع بين أختين من ملك اليمين في الوطء فإن شاء وطء الأخرى فليحرم عليه فرج الأولى ببيع أو كتابة أو عتق وشبهه مما تحرم به ومن وطء أمة بملك لم تحل له أمها ولا ابنتها وتحرم على آبائه وأبنائه كتحريم النكاح والطلاق بيد العبد دون السيد) [(١)]:

ظاهر كلامه وإن بيعت وبها عيب وهو كذلك نص عليه في المدونة قائلاً: لأن للمشتري التماسك بها، قال ابن محرز: فظاهرها ولو بيعت بتدليس ونقل أبو محمد عن الموازية قيل لا تحرم به وقال اللخمي: بيعها وبها عيب تحريم وفي الموازية ليس بتحريم فظاهرها عموم قول الموازية في المدلس وغيره ويريد الشيخ بالبيع إذا كان بتلا وأما بيع الخيار فلا ويريد إذا كان صحيحا أو فاسدا بعد فوته وما ذكر من أن الكتابية يحرم بها الفرج مثله في الموطأ والمدونة والجلاب والتلقين.

وقال اللخمي: الكتابية لا تحرم لأنها إن ظهر بها حمل أو عجزت حلت قال

---

(١) انظر: شرح الرسالة لزروق (ص٦٧٧).

بعض شيوخنا وهو وهم منه أو توهيم.

قلت: الصواب أنه توهيم لابن القاسم لأنه شارح للمدونة فترك قولها للعلم به وذكر غير ما فيها إشارة بالتوهيم وتكميلا للفائدة وإلى هذا ذهب شيخنا الغبريني أيده الله تعالى، وظاهر كلامه سواء كان العتق ناجزا أو مؤجلا وهو كذلك لأنه يمنع من الوطء ومقدماته وإخدامها الأجل الطويل كالسنين الكثيرة أو حياة المخدم تحريم والسنة لغو قاله ابن الماجشون، وقال ابن بشير لم يذكر عن غيره خلافه وفيه نظر لإمكان رجوعها له وهو يطأ الأخرى إلا أن يغلب على الظن إن إحداهما لا تجيء إلى ذلك الوقت.

(ولا طلاق لصبي):

ما ذكر هو كذلك باتفاق لأنه غير مكلف وظاهر كلام الشيخ ولو كان الطلاق معلقًا أو حنث بعد البلوغ أنه لا يلزمه وهو ظاهر المدونة أيضًا وأما البالغ السفيه فطلاقه لازم لتكليفه، وتردد بعض البغداديين في لزومه الطلاق من قول المغيرة إذا أعتق أم ولده فإنها ترد ورده المازري ببقاء الأرش له في أم ولده وأجابه بعض شيوخنا ببقاء الخلع في زوجته أيضًا فهو كالأرش في أم الولد ورده أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى بأن الأرش أتى بخلاف الخلع.

وأما طلاق السكران فأطلق غير واحد من الرواة بلزومه وقال ابن رشد ونحوه للباجي: إن كان لا يميز الرجل من المرأة ولا الأرض من السماء فهو كالمجنون باتفاق.

وقال ابن رشد: وأما السكران المختلط فطلاقه لازم، وقال محمد بن عبد الحكم طلاقه لا يلزم وذكره المازري رواية شاذة ولو شرب من طلق سكرانا ولم يعلم به أو علم وقصد به التداوي فلا شيء عليه قاله أصبغ وأما إن شربه متعديا فهل يكون كالخمر نظر إلى عدوانه أو لا؟ لأن النفوس لا تدعو إليه فيه نظر قاله ابن بشير.

قلت: الصواب أنه كالخمر وهو ظاهر قول أصبغ السابق.

(والمملكة والمخيرة لهما أن يقضيا ما دامتا في المجلس):

يعني أن الرجل إذا قال لزوجته: خيارك بيدك أو أمرك بيدك كان لها القضاء ما لم يفترقا من المجلس وما ذكر هو قول مالك الأول وقوله الآخر إن لها الخيار وإن افترقا ما لم توقف أو توطأ، وكلاهما في المدونة قال فيها وبالأول أخذ ابن القاسم وجماعة من الناس، واحتج بعض الشيوخ للقول الآخر بقوله ﷺ لعائشة رضي الله عنها لما خيرها

«ألا عليك لا تعجلي حتى تستأمري أبويك[(١)]».

وأجيب بأنه ﷺ قد جعل ذلك بيدها على هذا الوجه والخلاف إنما هو إذا لم ينص على أن ذلك بيدها بعد الافتراق ولا على عدمه وخرج اللخمي رحمه الله قولاً آخر ببقاء ذلك بيدها ثلاثة أيام من أحد قولي مالك في الشفعة إذا أوقف المشتري الشفيع على الأخذ أو الترك فطلب الشفيع أن يمهل ثلاثة أيام ليرى رأيه ومن المصراة ومن التي تدعي الحمل وهو ينكره له فسخه في ذلك بعد الوضع من الذي اشترى سلعة بالخيار يمهل، ويضرب له من الأجل بقدر ما يختار في مثلها ويرد بفرق واضح وهو أن العصمة لا تقبل التأخير في احتمال حلها للزومية الخيار وشبهية نكاح المتعة قاله بعض شيوخنا.

ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم تخريج الخلاف من الشفعة فقط قال وهو تخريج ضعيف لأن الزوج بتمليكه طالب للجواب وشأن الجواب أن يكون بأثر السؤال وحق الشفيع واجب بالشرع لا بإمضاء المشتري واستدعائه الجواب ولذلك قيل في الشفعة: إن الشفيع باق على حقه أبدًا وإن كان المشهور خلافه.

قلت: وهذا التضعيف يضعف به التخريج من بقية النظائر المذكورة.

وظاهر كلام الشيخ أن الحكم لها وإن طال المجلس حتى يفترقا بالأبدان وهو قول حكاه عياض عن نقل بعضهم وفي المدونة إن وثب حين ملكها يريد قطع ذلك عنها لم ينفعه ذلك وحد ذلك إذا قعد معها قدر ما يرى الناس إنها تختار في مثله ولم يقم فرار فلا خيار لها في ذلك، وقال في باب بعد هذا طال المجلس، وذهب عامة النهار وعلم أنهما قد تركا ذلك وخرجا مما كانا فيه إلى غيره فلا قضاء لها، وأجراه المازري على قول مالك إذا تأخر القبول في الوكالة بالزمان الطويل.

قال ابن عبد السلام: وقد يفرق بين الوكالة والتخيير لأن الوكالة التي ليست بعوض غير لازمة من جانب الموكل لأن الموكل إن رأى مصلحة أبقاه وإلا عزله، وأما الزوج فعليه ضرر في إنفاذ الخيار لكونه لازما له فلذلك تقيد خيارها بالقرب ويسقط بطول المجلس على أحد القولين قال خليل، وهذا الفرق إنما يتم في الوكالة ليست بعوض وأما التي بعوض فلا للزومها وعلى هذا فلعل المازري رأى أن الغالب في الوكالة أن تكون بعوض ولم يلتفت إلى الفرق المذكور والله أعلم.

وظاهر كلام الشيخ يقتضي أن التخيير جائز للرجل يرى أن يجعله بيد زوجته

---

(١) رواه البخاري (٢/٨٧٣)، ومسلم (٣/١١٠٣).

وهو كذلك نص عليه الشيخ أبو عمران الفاسي قائلاً: ما علمت من كرهه إنما يكره للمرأة خاصة أن تطلق نفسها ثلاثة فيلزمه قيل له هو السبب في ذلك قال ليس من قصد البدعة كمن لم يقصدها حكاه ابن يونس وقيل: إنه مكروه، قال أبو بكر القاضي في نقل الباجي وعزاه عبد الملك لأبي محمد عن بعض البغداديين قائلاً: الكراهة إيقاع الثلاث، قال بعض شيوخنا تشبيهه يوجب حرمته وهو مقتضى قول اللخمي ويمنع لمنع الزوج من إيقاع الثلاث فإن فعل انتزعه الحاكم من يدها ما لم توقع.

(وله أن يناكر المملكة خاصة فيما فوق الواحدة):

يعني إذا ملكها وقضت باثنين أو ثلاث، وقال: إنما أردت واحدة فالقول قولها ويريد إذا قال ذلك فورا ويريد أيضًا ويحلف قاله في المدونة، قال ابن عبد السلام: ولا أعلم فيه نص خلاف وأصله من أيمان التهمة وهي مختلف فيها كما قد علمت، قال ابن المواز: وإن كانت المناكرة بعد الدخول حلف الزوج مكانه أن له الرجعة، وقال الباجي وغيره: لا يحلف إلا عند إرادة الارتجاع وإن كانت قبل الدخول فإنه يحلف إذا أراد نكاحها باتفاق.

والحلف المذكور لا يكون إلا في الجامع لأن به ينفسخ وإرادة نكاح لا ينعقد بأقل من ربع دينار هذا هو الجاري على أصولهم فتدبره وسمع عيسى من ملك امرأته فقضت بالبتة فلم يناكرها وادعى أنه جاهل بأن له ذلك وأراد مناكرتها حين علم أنه لا يعذر بذلك وسمع أشهب وابن نافع من قال لامرأته: وليتك أمرك إن شاء الله فقالت: فارقتك لزمه فراقها فإن أراد بقوله اللعب لا الطلاق حلف ما أراد الطلاق ولا شيء عليه.

قال ابن رشد: الاستثناء في التمليك لغو كالطلاق وقوله في عدم إرادة الطلاق لأنه مستفت مع موافقتها له وهو جار على أصولهم فيمن ادعى نية مخالفة لظاهر لفظه وهو مستفت فينوي ولا يمين عليه وقوله «حلف ما أراد الطلاق» معناه لإن طالبه أحد باليمين.

(وليس لها في التخيير أن تقضي إلا بالثلاث ثم لا نكرة له فيها):

ما ذكر الشيخ أنه لا نكرة له هو المشهور وقيل تقبل منه إرادة طلقة رجعية على ظاهر قول سحنون وقيل: مثله إلا أن الطلقة بائنة قاله ابن الجهم وقيل: لا يلزمه في التخيير إلا واحدة بائنة مطلقًا ذكره ابن خويز منداد عن مالك وقيل: إن اختارت نفسها فيلزمه الثلاث وإن اختارت زوجها ردت الخيار عليه فهي واحدة بائنة حكاه

النقاش عن مالك ويريد الشيخ إذا كانت مدخولا بها وأما غير المدخول بها فله مناكرتها لبينونتها واختلف في المدخول بها إذا أعطته شيئًا على أن يخيرها ففعل فقيل له المناكرة لأنها تبين بالواحدة كغير المدخول بها قاله سحنون وابن المواز، وقيل لا قاله مالك.

وظاهر كلامه لو قضت بواحدة فإنها كالعدم وهو كذلك قاله في المدونة وقال عبد الملك تلزمه الثلاثة ووجه بأن اختيار البعض فيما لا يتبعض اختيار له بكماله كمن طلق بعض طلقة ويرد بأن التخيير ظاهر في الثلاث لا نص فهو قابل للتبعيض ولذلك قال سحنون وابن الجهم: يقبل منه إرادة طلقة كما تقدم وبالجملة فيتحصل في المسألة ستة أقوال ظاهرة مما تقدم مع عزوها وذكرها عياض في تنبيهاته، وعلى ما في المدونة فهل تمكن بعد ذلك من أن تطلق نفسها بالثلاث أم لا فالمشهور أن ليس لها ذلك لأنها لما أوقعت واحدة وهي غير ما خيرت فيه صارت كالتاركة لمقتضى التخيير.

وقال أشهب: إن لها أن تقضي بالثلاث واختاره اللخمي لأنها ما تركت ما جعل لها مطلقًا وإنما تركته على شرط لزوم الواحدة فلما لم يحصل ذلك الشرط وجب أن لا يحصل المشروط وهو ترك ما فعل بيدها، قال ابن المواز متمما للمشهور إنها إذا أوقعت واحدة لا تلزم المراد ما لم يتبين منه الرضا بما أوقعته فيلزم ذلك وهل لزوم ما دون الثلاث على ما قاله ابن المواز من باب الطلاق بالنية أم لا؟ تردد بعض الشيوخ في ذلك.

وفي المدونة: وإن خيرها فقالت اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي فإنها توقف فتختار أو تترك وعورضت بالمسألة السابقة إذا طلقت واحدة إنها يبطل ما بيدها وذلك لأن المخيرة في المسألة الأولى اختارت بعض حقها وهو الواحدة وأسقطت ما زاد عليها، كما أنها في المسألة الثانية أخذت بحقها في إحدى الحالتين، وهي إن دخلت عليها ضرتها وأسقطت غير ذلك من الأحوال ولذلك قال سحنون: إن قولها اخترت نفسي إن دخلت على ضرتي رد لما خيرها الزوج فيه فقد سوى بينهما وبينهما فرق ولولا الإطالة لذكرناه.

(وكل حالف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر فهو مول):

الإيلاء: في اللغة: هو اليمين، وقيل مطلق الامتناع.

وفي الاصطلاح قال ابن الحاجب: الإيلاء الحلف بيمين يتضمن ترك وطء الزوجة غير المرضعة أكثر من أربعة أشهر يلزم الحنث فيها حكما وللعبد أكثر من شهرين

وظاهره أنه لا يكون مواليًا لا بزيادة مؤثرة قاله عبد الوهاب، فإذا عرفت هذا فاعلم أن ظاهر كلام الشيخ أنه إذا حلف أن لا يطأ حتى تفطم ولدها أنه مول، وهو قول أصبغ واختاره اللخمي.

وقال في المدونة: لا يكون موليًا ومثله في الموطأ والموازية ولذلك قال ابن الحاجب: فيما سبق غير المرضعة وإنما لا يكون موليًا عند مالك لأنه لم يقصد إلى الضرر بالزوجة وإنما قصد استصلاح الولد وأصل الإيلاء مراعاة الضرر، وعورض هذا بأن الإيلاء يصح من المريض مع أنه لا يريد الإضرار وإنما يريد استصلاح بدنه فإذا كان حال الولد مانعًا من لزوم الإيلاء فرعي حال الحالف أولى فخرج من كل واحد منهما خلاف في الأخرى.

وظاهر كلام الشيخ أنه إذا حلف على أربعة أشهر لا يكون موليًا وهو كذلك في المشهور وبه قال الشافعي وأحمد بن حنبل وغيرهما، وروى عبد الملك عن مالك أنه يكون موليًا وبه قال أبو حنيفة والثوري ويريد الشيخ بقوله أكثر من أربعة أشهر بالنسبة إلى الحر وأما العبد فاختلف فيه فالمشهور امتناعه أكثر من شهرين وفي مختصر ابن شعبان أجله أربعة أشهر واختاره اللخمي وهو مذهب الشافعي.

(ولا يقع عليه الطلاق إلا بعد أجل الإيلاء وهو أربعة أشهر للحر وشهران للعبد حتى يوقفه السلطان):

ظاهر كلام الشيخ أنه إذا أوقفه السلطان أنه لا يمهل بل يجبر بالفيئة أو الطلاق ناجزًا وهو كذلك في سماع أشهب وابن نافع، وقال ابن رشد كسماعهما: لا يؤجل صاحب الشفعة لينظر وفي مختصر ابن عبد الحكم يؤجل ثلاثة أيام لذلك وحيث يطلق عليه السلطان فإنه يوقع عليه طلقة رجعية ولو طلق عليه ثلاثًا خطأ أو جهلا سقط الزائد قاله ابن القاسم في سماع محمد بن خالد، وفي المدونة لا يفيء إلا بالجماع إن لم يكن له عذر ولا بالجماع بين الفخذين قال ابن عبد السلام وهو مشكل في النظر ألا ترى أن الكفارة تلزم بالوطء بين الفخذين إن لم تكن له نية في الفرج عند مالك.

قال ابن شاس: الفيئة بمغيب الحشفة في القبل إن كانت ثيبًا والافتضاض إن كانت بكرا.

قلت: واستشكله بعض شيوخنا قائلاً: الأول كاف لاستلزامه الثاني، وقال ابن عبد السلام قد يقال يكفي أقل من مغيب الحشفة بناء على أصل المذهب في التحنيث

بالأقل، وفي رجم المدونة إن جامع في الدبر انحل الإيلاء لأنه عند مالك جماع لا شك فيه إلا أن ينوي الفرج بعينه فلا تلزمه كفارة في الدبر وهو مول، ولم يقره سحنون قال بعضهم إنما طرحها سحنون لأنها مسألة شنعاء يريد لأنها توهم إجازة وطء الزوجة هنالك، والمذهب على المنع منه.

قال ابن عبد السلام: ويحتمل أن يكون إنما طرحها لمخالفتها ما في إيلائها في الوطء بين الفخذين وفي حال الإيلاء بالوطء المحرم كوطء الحائض قولان ووطء المكره لغو كالمجنون قاله ابن شاس قال خليل وهو خلاف ما نص عليه ابن المواز وأصبغ في العتبية ونقله صاحب تهذيب الطالب واللخمي وصاحب البيان إن وطء المجنون في جنونه فيئه قال في البيان لأنها نالت بوطئه في جنونه ما نالت بوطئه في صحته.

(ومن تظاهر من امرأته فلا يطؤها حتى يكفر بعتق رقبة مؤمنة سليمة من العيوب ليس فيها شرك ولا طرف من حرية):

قال ابن الحاجب: الظهار تشبيه من يجوز وطؤها بمن يحرم واعترضها بعض شيوخنا بأنه غير مانع لقول المدونة من قال لزوجته: أنت علي كفلانة الأجنبية فهي كالبتات وبأنه غير جامع لأن من قال: أنت علي كرأس أمي مثلاً أنه يلزمه الظهار لأن كلامه يقتضي تشبيه الجملة واعترضه غيره بأنه غير مانع أيضًا لأنه يدخل فيه ما إذا قال لإحدى زوجتيه أنت عليَّ كظهر زوجتي الأخرى وبأنه غير جامع لخروج الزوجة الحائض منه إذا قال لها أنت عليّ كظهر أمي فهو ظهار.

ورد بأن مراده بقوله من يجوز وطؤها من الأصل جواز وطئها، وإن كان قد يعرض عدم الجواز ولو شبه من زوجته ما هو شبه المنفصل عنها كالكلام والشعر أجراه ابن رشد على من طلق ذلك منها وفيه خلاف وحكمه التحريم قاله عبد الوهاب لأنه منكر من القول ونحوه رواية ابن شعبان يؤدب المظاهر، قال الباجي وفي المبسوط رواية بأن الظهار يمين تكفر وهي محتملة الجواز والكراهة وهي أرجح.

وظاهر كلام الشيخ أن للمظاهر الاستمتاع بغير الوطء كنظره إلى شعرها وكتقبيله إياها وهو كذلك في أحد القولين إلا أنه يستحب له عدم ذلك وقيل: إنه يجب عليه ترك الاستمتاع بذلك وعزا اللخمي منع رؤية شعرها لمالك في المدونة وعزا الجواز لابن القاسم في العتبية.

قلت: واعترضه بعض شيوخنا بأن ما نسبه للعتبية وهم إنما هو فيها لأشهب

وهيَ آخر مسألة من سماعه قال فيها ما نصه قال أشهب: قلت لمالك: هل يرى شعرها؟ قال: نعم أرجو ذلك، قال في المدونة: وجائز أن يكون معها في بيت ويدخل عليها بلا إذن إذا كان تؤمن ناحيته وجائز أن ينظر إلى وجهها وقد ينظر غيره إليه.

قال المغربي: معناه بغير لذة، ويدل على هذا جواز النظر بغير لذة لغير عذر وفيه قولان بالجواز والمنع لما يتوقع وقد يقال معنى الكتاب وقد ينظره غيره إليه لعذر من شهادة أو مداواة أو خطبة والأول أظهر.

قلت: القول بالمنع لا أعرفه وقد سألت عنه كثيرًا ممن يظن به حفظ المذهب فكل لم يعرفه كشيخنا أبي مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى، فإن قلت: ما الفرق بين المظاهر وبين من طلق طلقة رجعية فإن الذي رجع إليه مالك لا يدخل عليها وكل منهما محرم.

قيل: لأن الرجعية منحلة العصمة منحلة النكاح بخلاف المظاهر منها فإنها ثابتة العصمة منحلة النكاح قاله عياض.

قلت: ولا تجب الكفارة إلا بالعودة، واختلف فيها على خمسة أقوال:

أحدها: العزم على إمساكها قاله مالك ونحوه لعبد الله بن عبد الحكم ويحيى بن عمر، وقيل العزم على وطئها قاله مالك وحمل على المدونة وقيل العزم عليها رواة أشهب وبه قال أصبغ وتأول على المدونة أيضًا وقيل الوطء نفسه حكاه ابن الجلاب ونصه ومن أصحابنا من قال: لا تجب الكفارة بالعودة على إحدى الروايتين عن مالك هو الوطء نفسه فعلى ما قال يجوز الوطء مرة ثم يحرم حتى يكفر، وقيل العودة مجرد بقاء العصمة وإن لم يعزم على الإمساك قال ابن رشد تأويلا لقول ابن نافع في المدونة.

(فإن لم يجد صام شهرين متتابعين):

لا خلاف أن الأمر كما قال لأنه بنص التنزيل، ولذلك قال في المدونة: من ظاهر وليس له إلا خادم واحد أو دار لا فضل فيها أو عوض ثمن رقبة لم يجزه الصوم لقدرته على العتق .

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين عادم الماء فإنه يجوز له أن يتيمم إذا كان محتاجا لنفقة ما يشتريه به والله سبحانه لم يجز التيمم إلا عند عدم الماء كما لم يجز الصوم هنا إلا عند العجز عن العتق، قيل لأن آية التيمم مخصوصة بالذي لم يقدر على استعمال الماء، والعام إذا خصص ضعف في قول ولم يقع تخصيص لآية الظهار قاله

شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى.

قال خليل: لأن المظاهر لما أدخل الظهار على نفسه شدد عليه ولأنه أتى المنكر والزور ولتكرار الوضوء ولأن الحكم في الظهار معلق على عدم المطلق بخلافه في التيمم فإنه معلق على وجود الصعيد وهو وجدان ما لا حرج فيه لقوله تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج: ٧٨] .

قلت: ولم يذكر ابن عبد السلام غير الأخير قائلاً: ذلك من الفروق لكنه أحسنها واختلف متى يعتبر العجز عنه فالمشهور أنه يعتبر وقت الأداء.

ونقل محمد عن ابن القاسم أن من ظاهر وهو موسر فلم يعتق حتى أعدم وصام ثم أيسر فإنه يعتق فحمله الباجي على الاستحباب مستدلاً بمسألة الصلاة إذا تركها وهو قادر على القيام وصلى لكونه مريضًا جالسًا ثم صح فإنه لا يقضي ومسألة إذا ترك الصلاة وهو قادر على الطهر بالماء ثم تركها ثم قضاها بالتيمم.

وقال الفاكهاني: في باب الأيمان والنذور وكأنه من عنده مثلها مسألة الصلاة السابقة ولا أعرف في إعادتها خلافًا وينبغي أن يختلف فيها ويرد بأنه في الظهار غير مأمور بالصوم وتركه ليس فيه محظور فلذلك أمره بالإعادة وفي الصلاة هو مأمور بها لقوله ﷺ «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»(١) فإن ذلك وقت لها فإن الله تعالى يقول: ﴿ وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكۡرِيٓ ﴾ [طه: ١٤] وذلك يناسب عدم الإعادة وقال شيخنا الغبريني أيده الله وانظر ابن عبد السلام فإنه نقل اعتذارا عما ذكر الباجي ورده ولولا الإطالة لذكرناه وحمله ابن شاس وابن الحاجب على الوجوب فقالا ويعتبر العجز عن العتق، وقت الأداء، وقيل وقت الوجوب كالفاكهاني متبعين في ذلك أبا الحسن اللخمي رحمه الله تعالى.

قال ابن شاس: ولو تكلف المعسر الإعتاق فإنه يجزئه وما ذكره لا أعلم فيه خلافًا قال ابن عبد السلام وهو ممن فرضه التيمم فتركه واغتسل وكمن فرضه في الصلاة الجلوس فتكلف القيام أو تكلف الصيام ولم يفطر، وتردد الغزالي في إجزاء الغسل إذا كان يخشى عليه الهلاك فاغتسل وصلى وسلم ومن قال كل مملوك أملكه إلى عشر سنين حر فلزمه ظهار وهو موسر فإن صبرت امرأته هذه المدة لم يصم وإلا صام

---

(١) تقدم تخريجه.

قاله سحنون.

قال ابن عبد السلام: وقد يقال إن طلبت الاحتياط فيه أن يشتري ويعتق ويصوم للخلاف في لزوم العتق المعلق على الملك، وقد علمت ما في الطلاق المعلق على النكاح من الخلاف والصائم لا يخلو إما أن يبتدئ في الشهرين بالأهلة أو بغيرها فإن صام بالأهلة كمل الشهرين ولو قصرا على الستين فإن أفطر في شهر لعذر فقيل يلزمه بقدر ما أفطر قاله سحنون مع ابن عبد الحكم وقيل يلزمه إكمال ثلاثين قاله عبد الملك وغيره، ولو ابتدأ بغير الأهلة فإن الشهر المبتدأ يكمل ثلاثين على المنصوص وخرج اللخمي على قول ابن عبد الحكم إنه يصام بقدر ما فات منه، ولا خلاف أنه إذا أفطر متعمدًا أن يبتدئ كما أنه لا خلاف إذا أفطر لمرض أنه يبني.

واختلف إذا أفطر خطأ كمن ظن أن الشمس غربت أو نسيانا على ثلاثة أقوال حكاها ابن بشير ثالثها يبني في النسيان ويبتدئ في الخطأ ولما ذكرها ابن الحاجب قال والمشهور لا يقطع واعترضه خليل بأن اللخمي إنما عزاه لابن عبد الحكم ومثله لصاحب البيان وغيره.

قلت: ما ذكر عن ابن رشد صحيح قال في سماع يحيى المشهور لا عذر بتفرقة النسيان وعذره به ابن عبد الحكم وما ذكره عن اللخمي فغير صحيح إنما ذكر عدم القطع عن المدونة في الخطأ وخرجه في النسيان والقطع للموازية نصًّا في النسيان وخرجه في الخطأ، وذكر عن ابن عبد الحكم أنه يبني في النسيان قال وهو أبين لقوله عليه الصلاة والسلام «**حمل عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»[1] فسوى بين النسيان، والاستكراه ثم قال: وأما الجاهل فيبتدئ الصوم في ذي القعدة أو ذي الحجة، والصواب أنه يبتدئ الصوم بخلاف الناسي فلم يعز بعض شيوخنا الثالث لنقل اللخمي إلا لاختياره وكأنه رأى أن قول ابن عبد الحكم يرجع لمذهب المدونة على تخريجه والغالب أن كل ما في المدونة هو المشهور فصدق ما ذكره ابن الحاجب، وإن كان الثالث هو لابن عبد الحكم مع اللخمي فليس هو المشهور الذي ذكره ابن الحاجب وبطل قوله ولم يعزه إلا لابن عبد الحكم وجعل اللخمي في فرض المسألة الجهل عوض الخطأ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدين لكل مسكين) (١)

---

(١) ما جاء في الظهار قلت لعبدالرحمن بن القاسم: أرأيت إن قال لامرأته أنت علي كظهر أمي أيكون مظاهرًا؟ قال: نعم قلت: أرأيت من قال لامرأته أنت علي كظهر فلانة لذات رحم محرم من نسب أو محرم من رضاع؟ قال: قال مالك: من ظاهر بشيء من ذوات المحارم من نسب أو رضاع فهو مظاهر قال ابن القاسم: وإن ظاهر من صهر فهو مظاهر قلت: أرأيت إن قال أنت علي كرأس أمي أو كقدم أمي أو كفخذ أمي؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا وأراه مظاهرًا لأن مالكًا قال في الذي يقول لامرأته أنت علي مثل أمي أنه مظاهر فكل ما قال به من شيء منها فهو مثله يكون مظاهرًا لأن مالكًا قال في رجل قال لامرأته أنت علي حرام مثل أمي قال مالك: هو مظاهر قال سحنون: وقد قال بعض كبار أصحاب مالك إذا وجدته قال في التحريم بالطلاق من ذلك شيئًا فكانت امرأته تطلق به وذلك أن يقول الرجل لزوجته رأسك طالق إصبعك طالق يدك حرام فرجك حرام بطنك حرام قدمك حرام فإذا وجب به على هذا النحو طلاق كان قائله لزوجته بذوات المحارم في الظهار مظاهرًا أن يقول رأسك علي كظهر أمي وكذلك في العضو والبطن والفرج والظهر وكذلك في ذوات المحارم ويلزمه بكل ذلك الظهار.

قلت: لم قال مالك: هو مظاهر ولم يجعله البتات ومالك يقول في الحرام أنه البتة؟ قال: لأنه قد جعل للحرام مخرجا حيث قال مثل أمي ومن قال مثل أمي فإنما هو مظاهر ولو أنه لم يذكر أمه كانت البتات في قول مالك قال سحنون وقال غيره من كبار أصحاب مالك لا تكون حرامًا ألا ترى أنه إنما بنى على أن الذي أنزل الله فيه الظهار لم يكن قبله أحد يقاس بقوله ولم يكن كان قبله من الظهار شيء يكون هو أراده ولا نواه وقد حرم بأمه فأنزل الله فيه التظاهر وقد كانت النية منه على ما أخبرتك من أنه لم يكن تظاهر حين قال ما قال الله فأنزل الله في قوله كفارة التظاهر وقد أراد التحريم فلم يكن حرامًا إن حرمها وجعلها كظهر أمه وقد روى ابن نافع عن مالك نحو هذا أيضًا.

قلت: أرأيت إن قال أنت علي كظهر فلانة لجارة له ليس بينه وبينها محرم؟ قال: سئل مالك عنها فقال أراه مظاهرًا قال: وسأله الذي سأله عنها على وجه أنها نزلت به قال سحنون: وقد قال غيره في الأجنبية أنها طالق ولا يكون مظاهرًا قلت: وسواء إن كانت ذات زوج أو فارغة من زوج؟ قال: سواء قال ابن القاسم: وأخبرني من أثق به أنه قال: عليه الظهار من قبل أن أسمعه منه وقاله مرة بعد مرة قلت: أرأيت إن قال أنت علي مثل ظهر فلانة لأجنبية ليس بينه وبينها محرم؟ قال: قال مالك: هو مظاهر من امرأته قلت: فإن قال لها أنت علي كفلانة لأجنبية؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا إلا أنه حين قال أنت علي كظهر فلانة علمنا أنه أراد الظهار وإن لم يقل كظهر فهو عندي ولم أسمع من مالك فيه شيئًا أنه طلاق البتات لأن الذي يقول الظهر فهو بين أنه أراد الظهار وإن لم يقل الظهر فقد أراد التحريم إذا قال لامرأته أنت علي كأجنبية من الناس وإذا قال ذلك في ذوات المحارم فقال: أنت علي كفلانة فهذا قد علمنا أنه أراد الظهار لأن الظهار هو لذوات المحارم فالظهار في ذوات المحارم وقوله كفلانة وهي =

لا خلاف أنه يطعم ستين مسكينا قال اللخمي لأنه بنص التنزيل، واختلف في مقدار ما يعطى لكل مسكين، فقيل مد بمد النبي ﷺ قاله ابن القصار وبه فسر اللخمي قول ابن الماجشون وإن غدى أو عشى أجزأه وعزاه الباجي لابن كنانة، والمشهور أنه لا يعطى إلا بمد هشام وهو مذهب المدونة، واختلف في قدره على أربعة أقوال، فقيل مد وثلثان قاله في المدونة وهو المشهور، وقال ابن حبيب: مد وثلث، وقيل مد ونصف نقله ابن بشير، وقيل إنه مدان رواه البغداديون وهو الذي ذكر الشيخ رحمه الله تعالى بالنسبة إلى أن المدين هنا مقدار ما يخرج فيتحصل في مقدار ما يعطى لكل مسكين خمسة أقوال، ومد هشام جعله لفرض الزوجات قاله ابن حبيب وهو هشام بن إسماعيل بن الوليد بن المغيرة المخزومي وكان واليا بالمدينة لعبد الملك بن مروان.

واختلف إذا لم يكف الفقير مد هشام هل يزاد أم لا؟ فقال بعض الشيوخ إنه يزاد قال عياض: وظاهر المدونة خلافه في قولها ويطعم الرضيع من الكفارات إذا كان قد أكل الطعام ويعطى ما يعطى الكبير، قال في المدونة: ولا يجزئ فيها عرض ولا ثمن فيه وفاء بالقيمة وخرجه بعضهم على إجزاء القيمة في الزكاة ورده بعض شيوخنا بظهور التعبد في الكفارات ومن نقل ابن الحاجب لا تجزئ القيمة في كفارته وقيل كاليمين بأن كلامه يقتضي خلافًا فيها منصوصًا ولا يذكره في اليمين ومثله الخليل قائلاً: ولا يقال إن المصنف شبه لإفادة الحكم لأنه لم يذكر هنا حكما والأقرب في هذا المحل أن يكون معنى قوله.

وقيل كاليمين في إجزاء الغداء والعشاء وهو قول ابن الماجشون، وقد يقال على بعد وقيل كاليمين أي إذا قلنا فيه مد النبي ﷺ فهل يزاد ثلث المد أو نصفه.

= ذات محرم منه ظهار كله لأن هذا وجه الظهار وإن قال أنت علي كفلانة لذوات محرم منه وهو يريد بذلك التحريم أنها ثلاث البتة إن أراد بذلك التحريم قلت: أرأيت إن قال أنت علي حرام كأمي ولا نية له؟ قال: هو مظاهر كذلك قال لي مالك في قوله حرام مثل أمي وقوله حرام كأمي عندي مثله وهذا مما لا اختلاف فيه قال يونس بن يزيد عن ربيعة أنه قال في رجل قال لامرأته أنت علي مثل كل شيء حرمه الكتاب قال: أرى عليه الظهار لأن الكتاب قد حرم عليه أمه وغيرها مما حرم الله قال يونس وقال ابن شهاب في رجل قال لامرأته أنت علي كبعض من حرم علي من النساء قال: نرى أن ذلك تظاهر والله أعلم قال يونس وقال ربيعة مثله وقال من حرم عليه من النساء بمنزلة أمه في التظاهر. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٢/٣٠٧).

(ولا يطؤها في ليل أو نهار حتى تنقضي الكفارة):

يعني أن التي ظاهر منها لا يطؤها بالإطلاق ودل كلامه أن غير التي ظاهر منها توطأ وهو كذلك بالإطلاق في الإطعام وليلا في الصيام.

(فإن فعل ذلك فليتب إلى الله سبحانه):

يعني إن فعل ذلك عمدًا وإما إن فعل ذلك نسيانا فلا يفتقر إلى توبة لقوله ﷺ «حمل عن أمتي خطؤها ونسيانها وما استكرهوا عليه» أي حمل أئمة عن الأمة.

(فإن كان وطؤه بعد أن فعل بعض الكفارة بإطعام أو صوم فليبتدئها):

سياق كلام الشيخ رحمه الله تعالى يقتضي إن فعل ذلك عمدًا وما ذكر هو المذهب في الصوم وهو المشهور في الإطعام، وقال ابن الماجشون: ومن وطئ قبل تمام إطعامه أحب إلي أن يبتدئ قال اللخمي هذا الداعي أحد قولي الثوري فجوز له أن يطأ قبل تمامها وفي نوازل أصبغ من قبل امرأته في صوم ظهاره استغفر الله ولا شيء عليه. وقال سحنون وقيل إنه يستأنف قاله في سماع أبي زيد وهو قول مطرف وابن الماجشون.

وظاهر كلام المؤلف على ما قلناه من السياق أنه لو فعل ذلك ناسيا أنه يعذر به وهو كذلك في أحد القولين تخريجا على قول اللخمي قال يختلف فيه كأكله نسيانا، وقال ابن حارث عن أشهب يتمادى ويصل قضاءه.

(ولا بأس بعتق الأعور في الظهار وولد الزنا):

اعلم أن العيوب على ثلاثة أقسام: قسم لا يجزئ بلا خلاف من حيث الجملة وهو الذي يمنع الكسب ويشين وفي إجزاء المجنون في أقل الأزمنة كمرة في شهر قولان لأشهب ومالك عن ابن القاسم وعكسه عكسه والثالث ما يشين ولا يمنع الكسب كالعور وفيه اختلاف وجعل من أمثلته في التهذيب كجدع أذن وتعقبها عبد الحق بأن في الأم كجدع في أذن فإذا عرفت هذا فاعلم أن قول الشيخ لا بأس هنا لما هو خير منه لرعي الخلاف إذ هو شبهة، ولقائل أن يقول الصواب أن لا بأس هنا لصريح الإباحة ألا ترى إلى قوله في المدونة وأجاز مالك عتق الأعور وقد قدمنا هذا عن قرب.

(ويجزئ الصغير ومن صلى وصام أحب إلينا):

ما ذكر مثله في المدونة زاد فيها عن ابن القاسم يريد من عقل الصلاة والصيام، قال ابن القاسم تفسيره صحيح بناء على أن الكافر إذا أسلم فتشهد بالشهادتين فلم

يصل ثم ارتد أنه يقتل وحكى ابن القاسم أنه لا يقتل حتى تتقدم منه صلاة.

ويريد الشيخ أن نفقته عليه حتى يبلغ الكسب وهو كذلك حسبما كان يدرس به بعض من لقيته من القرويين، ويفتي به قائلاً: نص عليه أبو حفص العطار قلت: ويؤخذ ذلك من المدونة من كتاب التجارة بأرض العدو، ومن أعتق ابن أمته الصغير فله بيع أمه ويشترط على المبتاع نفقة الولد ومؤنته قال المغربي: وأقام الشيوخ منها أن من أعتق زمنا كانت نفقته عليه ومثله في كتاب ابن المواز وقيل نفقته على السلطان وعلى المسلمين قلت: وهو الصواب فيه وفي الصغير فإن قلت ظاهر كلام الشيخ إن أعتق الصغير لا يشترط فيه العجز عن القدرة على الكبير، وهو مخالف لظاهر المدونة قال فيها ويجزئ عتق الصغير والعجمي في كفارة الظهار إذا كان من قصر النفقة قلت: الأمر كما قلناه عند بعضهم، نقله ابن عبد السلام ولكن قد قيدها أبو عمران.

وصوب على أن ذلك على طريق الاستحباب قائلاً: ولو أعتق صغيرا وهو قادر على غيره لأجزاه قال أصبغ: ومن أعتق منفوسًا ثم كبر وأخرس أو أصابه جنون أو صمم فلا شيء عليه وقد اجزأه وهذا شيء يحدث بعد ذلك وكذلك في البيع لا يزد به قاله ابن محرز: وأما الشيخ الزمن فإنه لا يجزئ والفرق بينه وبين الصغير أن الصغير يقدر على الكسب في الحال بخلاف الشيخ الكبير ومن أعتق عبدًا معضوبًا له فإنه يجزئه لأن ملكه باق عليه فقد أخرج رقبة من الرق ولا يجزئ المنقطع الخبر لأنه لا يدري أموجود هو أو معدوم صحيح أو معيب ما لم تعلم سلامته بعد ذلك نص عليه في المدونة في آخر الضوال والإباق وعارضها المغربي بقول ظهارها إذا أعتق ما في بطن أمته فإنه لا يجزئه ويعتق إذا وضعته ويجاب بأن ما في البطن أشد غررا والله أعلم.

(واللعان بين كل زوجين في نفي حمل يدعي قبله الاستبراء أو رؤية الزنا كالمرود في المكحلة واختلف في اللعان في القذف):

قال ابن الحاجب: اللعان يمين الزوج على الزوجة بزنى أو ينفي نسب ويمين الزوجة على تكذيبه وأبطل لكون غير جامع بلعان من لا يجب على زوجته لعان، وبلعان من إبان زوجته لأن كونه زوجا مجاز وأبطل كونه غير مانع بحلفها مرة قال ابن رشد وغيره لا خلاف أنه يلاعن في ثلاث مسائل وهي أن ينفي حملا لم يقربه، وادعى استبراء أو ادعى رؤية لا مسيس بعدها في غيرها ظاهره الحمل أو قال ما وطئتها قط أو منذ وضعت أو منذ مدة عينها لما لا تلحق لمثله الأنساب.

واختلف في ثلاث مسائل وهي أن يقذفها ولا يدعي رؤية وأن ينفي حملا ولا يدعي استبراء أو يدعي رؤية ولا مسيس بعدها في بينة الحمل وما ذكر الشيخ أنه يشترط في رؤية الزنا الصفة التي ذكرها هو سماع أشهب وابن نافع، ونقل أبو محمد في نوادره عن ابن القاسم أن قوله رأيتها تزني كاف ونقله ابن رشد عن ابن نافع، واختلف في مقدار الاستبراء الذي يدعي الزوج على أربعة أقوال، فقيل بحيضة وقيل بثلاثة والأخير منهما لعبد الملك وأكثر أصحابه وعن عبد الملك أيضًا إن كانت أمة فحيضة وإن كانت حرة فثلاث والمغيرة لا ينفيه إلا بخمس سنين فاعتبر الأمد وله القولان الأولان أيضًا.

وقال ابن عبد السلام: الأظهر هو القول الأول لأن المطلوب ما يحصل به الظن، وذلك يحصل بحيضة واحدة وظاهر حديث هلال بن أمية أنه لا يحتاج إلى الاستبراء فإن لم يكن إجماع فالأظهر عدم اشتراطه، قال في المدونة: ويلاعن الأخرس بما يفهم عنه من إشارة أو كتابة وكذلك يعلم قذفه ويقوم منها جوز شهادته وهو قول أبي إسحاق في زاهيه واختار أبو حفص العطار أنها لا تجوز قياسًا على المحرم ولا تجوز شهادته، وتجوز في الأحكام التي بينه وبين غيره قاله وخالفوني فيها ذكر ذلك في كتاب الحمالة من تعليقه وقال غيره لا يجوز ويقوم منها أيضًا إن إشارته في صلاته تتنزل منزلة كلام غيره فتبطل مع العمد قال ابن العربي في القبس.

ووقعت في دمشق فقال شيخنا أبو الفتح لا تبطل لأن الإشارة لا تبطل الصلاة إجماعا وقال شيخنا أبو حامد: تبطل لأن إشارته كلام والكلام محرم على الأبكم في الصلاة على قدره ولا يقوم منها أن شهادة المفهوم يعول عليها لأن إشارته ككلام غيره وفي ذلك ثلاثة أقوال: العمل بها لسماع أشهب وابن نافع مع سماع أصبغ وابن القاسم وعكسه قاله ابن القاسم في سماع يحيى وقيل بالأول وتثبت شهادته بذلك ذكر ذلك ابن رشد في التخيير والتمليك، ووقعت في زمان ابن عبد السلام في مال معتبر وحكم بأعمال الشهادة.

(وإذا افترقا باللعان لم يتناكحا أبدًا):[(١)]

ظاهر كلام الشيخ أن الافتراق لا يكون إلا بتمام لعانهما حتى لو لم يبق من لعان المرأة إلا مرة واحدة وأكذب الزوج نفسه بقيت له زوجة وجلد الحد هو معروف من

---

(١) انظر: شرح الرسالة (ص٦٨٦).

قول مالك وأصحابه وقيل: بتمام لعان الزوج تنقطع العصمة بينهما وإن لم تلاعن وهو ظاهر لسحنون ونحوه لأصبغ في العتبية، وهو ظاهر الموطأ أيضًا، وفي المدونة إن ماتت قبل أن تلاعن وبعد لعانه ورثها وإن مات هو فإن التعنت لم ترثه وإلا ورثته.

قال المتيطي: فيأتي على هذا أن الفرقة تقع بتمام لعان الزوج إن التعنت فهي ثلاثة أقوال وظاهر كلامه أن الفرقة تكون بغير حكم، وهو المذهب عند ابن الجلاب والباجي وقال عياض: اختار ابن لبابة أن لا تقع الفرقة إلا بحكم ومثله نقل المتيطي عن غير واحد من الموثقين لا يتم الفراق بينهما على قول ابن القاسم إلا بحكم القاضي، وقال ابن الجلاب: وفرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق قلت مثله قال غير واحد قال ابن شعبان عن أبي سلمة طلاق البتة وتحل له بعد زوج إن أكذب نفسه ونحا إليه أشهب وبه قال عبد الملك في الثمانية وذكرناه قبل.

(ويبدأ الزوج فيلتعن أربع شهادات بالله ثم يخمس باللعنة ثم تلتعن هي أربعًا أيضًا وتخمس بالغضب كما ذكر الله سبحانه): [1]

ما ذكر أن الزوج هو المبدأ هو نص المدونة بل نص التنزيل وهل ذلك على طريق الوجوب فلو بدأت المرأة أولا لزمتها الإعادة أم ذلك على طريق الاستحباب فيه خلاف في المذهب وجعل عبد الوهاب المذهب الأول، ونقل ابن الكاتب واللخمي وصاحب البيان عن ابن القاسم عدم إعادتها وقاس أشهب عدم الإجزاء على ما إذا حلف الطالب قبل نكول المطلوب فإنه لا يجزي واختاره ابن الكاتب وغيره.

وقال ابن رشد: محل الخلاف بين ابن القاسم وأشهب إذا وقعت يمين المرأة على ألفاظ الرجل فقالت أشهد بالله إني لمن الصادقين ما زنيت أو حملي هذا منه، فإذا وقعت على طريق الرد عليه في تكذيبه فلا يجزئ أصلاً لأنه لم يتقدم له يمين. قال في المدونة: ويلتعن المسلم في المسجد عند الإمام دبر الصلوات بمحضر الناس وحمل ابن عبد السلام قولها يلتعن في المسجد على طريق الأولى قال وهي عبارة المتقدمين واعترض قول ابن الحاجب بوجوبه ورده بعض شيوخنا بأن ظاهر المذهب الوجوب لا الاستحباب.

وفي المقدمات: لا يكون اللعان إلا في المذهب ولا يكون إلا في المسجد وقال ابن شعبان: ويشترط في الحالف أن يكون قائمًا في القبلة بالمسجد الأعظم فإن كان في

---

(١) انظر: شرح الرسالة لزروق (ص٦٩٥).

المدينة ففي الروضة مما يلي القبر فإن كان بمكة فبين الركن والمقام فهذه النصوص ترد عليه والله أعلم، قال ابن الجلاب: ويكون بعد العصر ومثله قول سحنون بعد العصر، وقال ابن شعبان بعد العصر والصبح وفي كتب محمد هو جائز في كل وقت، وفي المدونة في كتاب الأقضية نفي الوقت، وقال اللعان منها عند الإمام دبر الصلوات واختلف هل هو اختلاف قول أو أراد بالنفي الصلاة المعينة وبالإثبات الصلاة الغير المعينة، قال مالك ويحضر الإمام وطائفة من المؤمنين. قال ابن محرز: فائدة ذلك أنه حكم تتعلق به حقوق كثيرة فوجب لذلك أن يحضره من يشهد عليه وأعني الطائفة عند مالك والليث أربعة على عدد شهود الزنا.

(وإن نكلت هي رجمت إن كانت حرة محصنة بوطء تقدم من هذا الزوج أو زوج غيره وإلا جلدت مائة جلدة):

ظاهر كلامه أنها لو أرادت أن تلاعن بعد نكولها أن ليس لها ذلك وإلى هذا ذهب سحنون وابن القاسم بن الكاتب وأبو عمران لما تعلق للزوج عليها في ذلك من الحق، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن وأبو محمد اللؤلؤي وأبو علي بن خلدون وغيرهم أن ذلك لها قائلين لا يكون نكولها عن اللعان أشد من إقرارها بالزنا.

(وإن نكل الزوج جلد حد القذف ثمانين ولحق به الولد):

اختلف إذا عاد إلى اللعان بعد نكوله فقيل: يدخله وقيل: لا وكلاهما حكاه المتيطي قائلاً: والصحيح أنه لا يدخل والفرق بينهما أن نكول المرأة كإقرارها بالزنا فيصح لها الرجوع، ونكول الرجل كإقراره بالقذف فلا يصح له الرجوع عنه.

(وللمرأة أن تفتدي من زوجها بصداقها أو أقل أو أكثر إذا لم يكن عن ضرر بها فإن كان ضرر بها رجعت بما أعطته ولزمه الخلع):

ما ذكر من أن لها أن تفتدي ولو بأكثر من صداقها هو المذهب بل وبجميع ما لها وما ذكر من أنها ترجع عليه إن كان يضرها هو كذلك أيضًا إن كانت الشهادة بالقطع وإن من لفيف الناس والجيران وإن كانت بالسماع فكذلك نعم اختلف في كيفيتها على خمسة أقوال حكاها المتيطي فقيل: تقبل ولو من لفيف الناس والجيران، وقيل: لا تقبل إلا من العدول قاله ابن القاسم، وقيل: يكفي أن يكون السماع من الثقات وقيل: لا تجوز فيه شهادة النساء إلا مع رجال والطلاق في معنى الحدود قاله مالك.

وقال ابن الهندي: إذا شهد بالضرر صالحات النساء والخدم التي يدخلن إليها جاز والمشهور أنه يكفي اثنان أو واحد مع اليمين، وقال ابن الماجشون: لا يجزئ في السماع أقل من أربعة والمشهور من الأقوال السابقة العمل بمقتضى شهادة السماع مطلقًا لكن اختلف هل يمين أم لا على قولين لابن القاسم حكاهما ابن رشد ولو انفرد شاهد واحد بالسماع فلا بد من اليمين اتفاقًا، قال المتيطي: هذه إحدى المسائل الثمانية عشر التي تجوز فيها شهادة السماع، والأحباس المتقادمة والأشربة المتقادمة والنكاح والأنساب والولاء والموت والمواريث وولاية القاضي وعزله، والعدالة والتجريح والإسلام والكفر والولادة والرضاع والترشيد والسفه، وفي بعضها خلاف ولتعلم أن قول الشيخ وإن كان عن ضرر رجعت بما أعطته ولزمه الخلع أعم من أن يكون ضرره في بدنها أو في مالها. ولذلك اعترض ابن عبد السلام قول ابن الحاجب ولو خالعته لظلمه أو لضرره فلها استرجاعه بأنهما لفظان كالمترادفين.

قلت: والصواب عندي حمل الضرر من كلامه على الضرر بها في بدنها وحمل الظلم على مالها أو أعم، وبالجملة فإنه قصد إلى أن الضرر أخص والله أعلم.

وبمثل عبارة ابن الحاجب عبر في المدونة، ولا يقال أن هذا يرد فسرنا به كلام الشيخ فإنه لما أتى بلفظ واحد دل على أنه أراد به العموم والله أعلم.

قال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى، وإنما عدل الشيخ عن أن يقول ولزمه الطلاق إلى قوله ولزمه الخلع إشارة منه إلى بينونتها منه ولو رجعت عليه وهو كذلك.

قلت: وحكى أبو عمر في الكافي عن مالك أن الطلاق رجعي إذا رجعت عليه.

(والخلع طلقة لا رجعة فيها إلا بنكاح جديد برضاها): [1]

ما ذكر الشيخ هو المذهب وقال الشافعي في أحد قوليه: هو فسخ إذا لم يذكر طلاقا، وظاهر كلام الشيخ ولو وقع النص على أنها رجعية وهو كذلك وروي عن مالك، أنها رجعية أخذا بالشرط المذكور، واختلف إذا طلق وأعطى فأكثر الروايات على أنها رجعية وروى أنها بائنة والقولان في التهذيب، واختلف إذا وقع لفظ الخلع دون بدل على ثلاثة أقوال طلقة رجعية بائنة ثلاث قال في المدونة: وله أن ينكحها في

(١) انظر: شرح الرسالة (ص٦٩٦).

عدتها لأن الماء ماؤه وفي العتبية عن ابن القاسم إن كانت حاملا فله أن يزوجها ما لم تثقل فتصير كالمريضة فلا يجوز نقله ابن يونس وهو وفاق للمدونة والله أعلم.

(والمعتقة تحت العبد لها الخيار أن تقيم معه أو تفارقه):

يعني ويحال بينهما إلى أن تختار نص على ذلك في الأيمان بالطلاق من المدونة وفيها أيضًا عتق بعضها لغو فأخذ منه بعض شيوخنا أن تدبيرها وكتابتها وإيلادها بوطء السيد إياها في غيبة زوجها بعد حيضة من وطئها كذلك قائلاً: أخذا حرويا وإنما كان للأمة إذا أعتقت أن تختار لنقص زوجها بعد حريتها قال اللخمي: وقيل لأنها كانت مجبورة في النكاح فعليه يكون لها الخيار تحت الحر، وعزاه ابن بشير لأبي حنيفة قيل ولم يعني اللخمي قائله واختياره طلقة بائنة.

وروى ابن نافع: ولم يرتض له الرجعة إذا عتق في عدتها، وعزاه اللخمي لرواية ابن شعبان قائلاً: هو القياس كمن طلق عليه لغيبته فقدم في العدة قاله محمد، قلت: هو قول شاذ وليس بالمشهور وفي الكافي عن بعض أصحاب مالك أنها رجعية وليس بشيء قال بعض شيوخنا فظاهره وإن لم يعتق وفي المبسوط عن ابن القاسم تطلق اثنتين لأن ذلك جميع طلاق العبد، وفي المدونة: لها أن تقضي بالثلاث على حديث زيد في أحد قولي مالك وأشار بعضهم إلى أنه وهم لما علم من قاعدة المذهب أن الطلاق معتبر بالرجال ووجهه غير واحد بأن جهة الزوجة لما انتقل إليها الطلاق، انتقل إليها العدد والموقع له حر فوجب اعتباره، ويسقط خيارها برضاها إما بقول وإما بتمكينها منه ما لم تكن جاهلة بالعتق فتخير اتفاقًا ولو كانت جاهلة بالحكم ففي المدونة لا تعذر، وفي مختصر ابن عبد الحكم تعذر وحسنه بعض الشيوخ لاشتهاره في الزمان الأول وأما اليوم فلا.

(ومن اشترى زوجته انفسخ نكاحه):

ما ذكر الشيخ مجمع عليه للتنافر ولا يخلو حينئذ من أن يكون قبل الدخول أو بعده فإن كان قبل الدخول فلا صداق لها على المشهور، وقال ابن الجلاب: لها نصفه لأن الفرقة جاءت من قبله وأبعده ابن عبد السلام؛ لأن هذه الفرقة فسخ ولا صداق في الفسخ وأما بعده فهو كمالها، وكذلك عكس المسألة إذا اشترت المرأة زوجها فإن النكاح يفسخ ومن أجل أن النكاح والملك لا يجتمعان استثقل مالك تزويج العبد ابنة سيده وأجازه ابن القاسم، واختلف في علة قول مالك فقيل ما ذكرنا وقيل لأن النكاح معرض للفسخ لاحتمال أن يموت أبوها فترث بعضها وقيل لأنه ليس من مكارم

الأخلاق، وربما عرض للابنة فتنة لأن الطباع مجبولة عل الأنفة من هذا وكراهيته، وهذا الأخير اختيار ابن محرز، ونقل الأول عن المذكورين وضعفه.

وفي المدونة: إن اشترت زوجها وهي غير مأذون لها فرده السيد فهما على نكاحهما قال سحنون إلا أن يرى أنها وسيدها اعتزيا فسخ نكاحها بالبيع فلا يفسخ وتبقى له زوجه وهو تفسير لا خلاف وأقيم منها أن الرجل إذا حلف لزوجته لا تخرج فخرجت قصدا للنكاية له فإنه لا يحنث وهو قول أشهب خلافًا لابن القاسم ورده المغربي بأن زوج الأمة ليس له تسبب بخلاف الزوج في مسألة اليمين فإنه تسبب في الحنث لجعل ما بيده بيدها وسلم رحمه الله تعالى إقامة بعض المتأخرين منها أو من ارتد في موضعه وعلم أنه قصد الفرار بماله من الورثة فإنهم يرثونه ويعاقب بنقيض مقصوده.

(وطلاق العبد طلقتان):

ما ذكر هو المذهب وهو نص كتاب النكاح الأول من المدونة وكتاب العدة وطلاق السنة منها واستشكل ابن عبد السلام كون طلاقه طلقتين قائلاً: مقتضى القاعدة طلقة واحدة فإن موجب نقصه عن الثلاث عندهم تشطير طلاقه برقة فكان كقول الحر: أنت طالق شطر الطلاق فيلزمه بمطابقة لفظه طلقة ونصف طلقة فتكمل عليه فيلزمه طلقتان الباقي له طلقة واحدة، فكذلك العبد لأن رقة الموجب لتشطير طلاقه كلفظ الحر الموجب له.

(وعدة الأمة حيضتان وكفارة العبد كالحر بخلاف معاني الحدود والطلاق):

قال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني رحمه الله صوابه عدتها طهران لا حيضتان، وفي كلامه مسامحة.

(وكل ما وصل إلى جوفي الرضيع في الحولين من اللبن فإنه يحرم وإن مصة واحدة):[1]

---

(١) ما جاء في حرمة الرضاع قال سحنون بن سعيد قلت لعبدالرحمن بن القاسم: أتحرم المصة والمصتان في قول مالك؟ قال: نعم قلت: أرأيت الوجور والسعوط من اللبن أيحرم في قول مالك؟ قال: أما الوجور فأراه يحرم وأما السعوط فأرى إن كان قد وصل إلى جوف الصبي فهو يحرم قلت: أرأيت الرضاع في الشرك والإسلام أهو سواء في قول مالك تقع به الحرمة؟ قال: نعم قلت: ولبن المشركات والمسلمات يقع به التحريم سواء في قول مالك؟ قال: نعم قلت: أرأيت الصبي إذا حقن بلبن امرأة هل تقع الحرمة بينهما بهذا اللبن الذي حقن به في قول =

ظاهر كلام الشيخ وإن كانت المرضعة صغيرة لا يوطأ مثلها وهو كذلك على ظاهر المدونة في قولها إذا درت بكر لا زوج لها فأرضعت صبيا فهي له أم وذهب ابن الجلاب إلى أنه لا يؤثر ومثله للكافي، والاتفاق على اعتبار إرضاع من توطأ، وقال ابن الحاجب: وفي لبن من نقصت عن سن المحيض قولان فقبله ابن عبد السلام وتعقبه ابن هارون بأنه إنما ذكر الأشياخ الخلاف فيمن لم تبلغ حد الوطء ولم يذكر الشيخ خليل تعقب ابن هارون بل قال تبع في ذلك ابن بشير، وابن شاس ثم ذكر قولي المدونة وابن الجلاب وأن اللخمي حملهما على الخلاف وهو مقتضى قول ابن الحاج ومن ذكر معه قال ولا يبعد أن يحمل ما في المدونة على ما إذا كانت في سن من توطأ فيكون ما فيها وفاقًا لابن الجلاب. وظاهر كلامه ولو كانت المرضعة كبيرة لا توطأ وهو كذلك.

= مالك؟ قال: قال مالك في الصائم يحتقن أن عليه القضاء إذا وصل ذلك إلى جوفه ولم أسمع من مالك في الصبي شيئًا وأرى إن كان له غذاء رأيت أن يحرم وإلا فلا يحرم إلا أن يكون غذاء في اللبن ابن وهب عن مسلمة بن علي عن رجال من أهل العلم عن عبد الرحمن بن الحارث بن نوفل عن أم الفضل بنت الحارث قالت: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يحرم من الرضاع؟ قال: [المصة والمصتان] ابن وهب وأخبرني رجال من أهل العلم عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وربيعة وابن شهاب وعطاء بن أبي رباح ومكحول وابن مسعود وجابر بن عبد الله صاحب النبي صلى الله عليه وسلم أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد.

قال ابن شهاب: انتهى أمر المسلمين إلى ذلك ابن وهب عن مالك بن أنس عن ثور بن زيد الدؤلي عن ابن عباس أنه سئل كم يحرم من الرضاعة؟ فقال: إذا كان في الحولين فمصة واحدة تحرم وما كان بعد الحولين من الرضاعة لا يحرم مالك عن إبراهيم بن عقبة عن ابن المسيب أنه قال: ما كان في الحولين وإن كانت مصة واحدة فهي تحرم وما كان بعد الحولين فإنما هو طعام يأكله قال ابراهيم وسألت عروة بن الزبير فقال كما قال ابن المسيب بن وهب عن إسماعيل بن عياش عن عطاء الخراساني أنه سئل عن سعوط اللبن للصغير وكحله أيحرم؟ قال: لا يحرم شيئًا قال ابن وهب: وكان ربيعة يقول في وقت الرضاع في السن وخروج المرضع من الرضاعة كل صبي كان في المهد حتى يخرج منه أو في رضاعة حتى يستغني عنها لغيرها فما أدخل بطنه من اللبن فهو يحرم حتى يلفظه الحجر وتقبضه الولاة وأما إذا كان كبيرًا قد أغناه وربي أمعاءه غير اللبن من الطعام والشراب فلا نرى إلا أن حرمة الرضاعة قد انقطعت وأن حياة اللبن عنه قد وقعت، فلا نرى للكبير رضاعًا قال ابن وهب وقال لي مالك على هذا جماعة من قبلنا، لابن وهب هذه الآثار. انظر: المدونة الكبرى لسحنون (٢/٢٩٥).

ونقل ابن عبد السلام عن ابن رشد أن لبن الكبيرة التي لا توطأ من كبر لغو، وتعقبه بعض شيوخنا بأن ابن رشد لم يذكره بل قال في مقدماته تقع الحرمة بلبن البكر والعجوز التي لا تلد وظاهره ولو كانت صاحبة اللبن ميتة وهو نص المدونة، وقال ابن رشد: كان يجري لنا في المذاكرات قول بأنه لغو وعزاه ابن شاس لنقل ابن شعبان قال ابن عبد السلام: ولا يقال هذا هو الصواب لأن قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٣] يخرج الميتة لكونها لا توصف بكونها أرضعت لأنا نقول إنما خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، وأيضًا فإنه منقوض بما لو حلب غيرها من ثديها وأوجر به صبيا أو أرضع منها الصبي وهي نائمة، واختلف إذا كان المرضع ذكرا على ثلاثة أقوال: فقيل إن إرضاعه معتبر قاله ابن اللبان الفرضي، قال أبو الحسن اللخمي وبه قال شيخنا وهو أبين وفي المدونة لا أثر له وهو المشهور.

وقال ابن شعبان: وروى أهل البصرة عن الشافعية ومالك أنه يكره، واختلف إذا كان اللبن مغلو بغيره كطعام مزج بلبن فقيل إنه معتبر قاله مطرف وابن الماجشون وأشهب ولم يعزه ابن عبد السلام إلا لأشهب قائلاً: وعليه فانظر إذا كان اللبن مغلوبًا ينبغي أن يقدر في الواصل إلى بطن الصبي مقدار مصة خالصة لا أقل من ذلك وفي المدونة أنه لا يحرم وأخذ أبو عمران الفاسي منها أنه يشتري من الأسواق ولا يسأل عن حلية ما فيها إذا كان الغالب الحلال.

(ولا يحرم ما أرضع بعد الحولين إلا ما قرب منهما كالشهر ونحوه وقيل والشهرين):

القول باعتبار الشهرين هو نص التهذيب، والقول الأول من قولي الشيخ عزاه المتيطي لابن حبيب وابن القصار، وروى أبو الوليد اعتبار ثلاثة أشهر، وقيل باعتبار شهر فقط رواه ابن الماجشون، وفي المختصر لمالك الأيام اليسيرة وله في الحاوي اعتبار نقصان الشهر وبه قال سحنون، ونقل ابن رشد قولاً باعتبار يومين، ونقل الباجي عن ظاهر الموطأ ورواية ابن عبد الحكم أن المراعي الحولان فقط فيتحصل في مقدار الزمان المعتبر ثمانية أقوال، ثم اعلم أن زيادة الشهر والشهرين على المشهور إنما هو تمام الحولين لقوله تعالى ﴿ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فدل على أن ثم حولين غير كاملين بما يدور عليهما الزمان فزاد الشهرين لذلك وللاحتياط من مذهب غير الذي يقول إن الرضاع للكبير فاحتاط بالشهرين فما رضع

بعد ذلك ولو بيوم فإنه لا يحرم لأنه إنما زيد الشهران احتياطًا قاله الشيخ أبو حفص العطار رحمه الله.

(ولو فصل قبل الحولين فصالا استغنى فيه بالطعام لم يحرم ما أرضع بعد ذلك):

ما ذكر مثله في ابن الجلاب ونحوه في المدونة، وقيل إن إرضاعه مؤثر قاله ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون، وقال بعض الشيوخ: إن كان الرضاع مصة أو مصتين لم يحرم وإن أعيد إلى الرضاع وأسقط الطعام حرم، وقبله ابن عبد السلام وظاهره أنه ثلاث للجمع بين القولين، قال ولم يتعرضوا في هذا القسم إلى تحديد اليسير فيما رأيت كما تعرضوا لذلك في القسم الأول والكلام في هذا متقارب.

(ويحرم بالوجور والسعوط ومن أرضع صبيا فبنات تلك المرأة وبنات فحلها ما تقدم أو تأخر إخوة له، ولأخيه نكاح بناتها):

أما الوجور فلا خلاف أنه يحرم والقطرة كافية رواه ابن حبيب وهو ما صب في وسط الفم وقيل ما صب في وسط الحلق وظاهر كلام الشيخ أن السعوط يحرم وإن لم يتحقق وصوله إلى الجوف وهو كذلك، وقيل إن وصل إليه حرم وإلا فلا.

وهذا قول ابن القاسم في المدونة والأول هو قول مالك في كتاب ابن حبيب وصوبه بعض المتأخرين لأنه منفذ واسع يصل منه قدر المصة وتأول اللخمي رحمه الله قول ابن القاسم على الوقف قليلاً كأنه يقول إنما تقع الحرمة إذا وصل ولا يدري هل وصل أم لا لأنه ليس بكبير فيختبر بوصوله، ورده ابن بشير بأنه ليس يشك وإنما أحال الأمر فيه على تحقق الوصول وعدمه، واختلف في الحقنة على أربعة أقوال: فقيل إنها تحرم مطلقًا قاله ابن الماجشون وابن حبيب وعكسه حكاه ابن المنذر عن بعض المصريين عن مالك ومثله لابن الجلاب وحكاه المتيطي عن مالك في كتاب ابن شعبان، وقيل إن وصل إلى جوفه حتى يكون غذاء له حرم وإلا فلا قاله في المدونة، وقيل بالتأثير بشرط إن لم يطعم ويسق إلا بالحقنة عاش نقله غير واحد كاللخمي عن محمد، وجعله بعض الشيوخ تفسيرًا للمدونة وبالله تعالى التوفيق.

باب في العدة والنفقة والاستبراء[1]

قال بعض شيوخنا: العدة: مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه.

---

(١) انظر: شرح الرسالة لزروق (ص٧٠٦).

والنفقة: ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف فتدخل الكسوة وهو مقتضى قول ابن زرب: من التزم نفقة إنسان ثم قال: أردت النفقة دون الكسوة فإنها تجب عليه محتجا بقوله تعالى ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

والاستبراء: مدة براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق.

(وعدة الحرة المطلقة ثلاثة قروء كانت مسلمة أو كتابية والأمة ومن فيها بقية رق قرآن كان الزوج في جميعهن حرًّا أو عبدًا):

ظاهر كلامه وإن كان طلقها مقطوع الأنثيين قائم الذكر إنها تعتد وهو كذلك قاله ابن شعبان في زاهيه وقيل إنها لا عدة عليها، قاله ابن حبيب، وصوبه اللخمي وألزم القائل الأول ولم يعزه أن الصبي القادر على الوطء أن العدة على زوجته، وكذلك قال ابن حبيب إذا ذهبت البيضة اليسرى لا عدة عليها، وقال ابن دينار الولد يلحق بالخصي كيفما كان قيل فعليه تجب العدة كيفما كان.

وفي النكاح الأول من المدونة قيل لمالك من كان مجبوب الذكر قائم الخصيتين قال إن كان يولد لمثله فعليها العدة ويسأل عن ذلك فإن كان يحمل لمثله لزمه الولد وإلا فلا فإن قلت ما بال البراذعي رحمه الله اختصرها سؤالا وجوابًا وعادته لا يفعل ذلك إلا لمعنى من المعاني كقول ابن الحاجب وفيها فما هو هذا المعنى.

قلت: قال بعض شيوخنا لثلاثة أوجه:

أحدها: عدم استقبال جوابه لقوله ويسأل عن ذلك فإنه ليس بقطع في المسألة.

الثاني: كون السائل أجمل لفظه في المسئول عنه.

الثالث: اعتبار جوابه باعتبار الإنزال حسبما دل عليه آخر استبرائها وكلها على طريق التأنيس وإلا فكل ما قال شيخنا يمكن تمريضه بما لا يخفى عليك، قال في المدونة: وإن دخل بها وهي لا يجامع مثلها لصغر فلا عدة عليها ولا سكنى لها وليس لها إلا نصف الصداق.

(والأقراء: هي الأطهار التي بين الدمين):

ما ذكر الشيخ من أن الأقراء هي الأطهار هو المنصوص وخرج اللخمي إنها الحيض من إطلاقها في المذهب على ذلك ومثله نقل المتيطي عن ابن سعدون، وروى ابن وهب لا تحل مطلقة إلا بانقطاع دم الحيضة الثالثة كقول أهل العراق قال بعضهم فعليه الإقراء هي الحيض ورد ابن بشير ما قال اللخمي بأن لفظ الحيض إنما جاء في

موضع الطهر مسامحة لا حقيقة.

(فإن كانت ممن لم تحض أو ممن قد يئست من المحيض فثلاثة أشهر في الحرة والأمة):

يعني بالتي لم تحض إذا كان يجامع مثلها وأما إذا كانت لا يجامع مثلها لكونها صغيرة جدًّا فلا عدة عليها قاله عبد الوهاب، وقال ابن لبابة: الصغيرة إذا كانت في سن من لا تحيض، ويؤمن منها الحمل لا عدة عليها نقله ابن رشد في المقدمات قائلاً هو شذوذ، وقال اللخمي: رواية ابن عبد الحكم في الأمة التي لا تحمل غالبًا وهي تطيق الوطء كبنت تسع وعشر لا يجب استبراؤها خلاف رواية ابن القاسم فيها بوجوب الاستبراء، وظاهر ترجيح هذه الرواية لقوله قياسًا على الحرة قال بعض شيوخنا فظاهره أن الحرة متفق عليها.

ونقل ابن يونس عن ابن حبيب وجماعة من التابعين مثل رواية ابن عبد الحكم، قال ابن هارون: هي أشبه لقولهم في الصغير الذي لا يولد لمثله لا تعتد زوجته ولو أطاق الوطء، وعلى المشهور فإن كانت حرة فثلاثة أشهر باتفاق وإن كانت أمة فقال في المدونة: كذلك كما قال الشيخ رحمه الله، وقيل شهران قاله ابن زرقون والأول في المبسوط لمالك وأصحابه غير أشهب فإنه قال بالثاني وقيل شهر ونصف وعزاه ابن العربي لابن الماجشون وذكر ابن بشير الثلاثة، واختلف قول مالك هل يلغي اليوم الذي وقع فيه الطلاق، أو يحتسب به إلى مثل وقته، ولهذه المسألة نظائر تقدمت في القصر.

(عدة الحرة المستحاضة أو الأمة في الطلاق سنة):

ظاهر كلام الشيخ سواء كانت مميزة أم لا وهو كذلك في غير المميزة باتفاق قاله ابن حارث، وأما المميزة فقيل كذلك قاله أصبغ نقله أبو عمر وحكاه ابن يونس رواية وقيل إن عدتها بالإقراء وهو نص المدونة في الطهارة والعدة والاستبراء وهو المشهور، وظاهر المدونة أن مجموع السنة عدة وهو كذلك عند ابن عبد الحكم قاله اللخمي، قال ابن العربي في الأحكام هو مشهور قول علمائنا، وفي المدونة عدتها ثلاثة أشهر بعد التسعة للاستبراء قال الشافعي وغيره عدتها ثلاثة أشهر قال اللخمي وهو أحسن.

قال ابن العربي قاله جماعة من القرويين وهو الصحيح عندي ولو تأخر حيض المرضعة فعليها أن تنتظر الحيض أبدًا ما دامت ترضع باتفاق واختلف إذا تأخر لمرض فروى ابن القاسم، عن مالك أنه قال: عدتها منه تسعة أشهر ثم ثلاثة وبهذا أخذ ابن

القاسم، وعبد الله بن عبد الحكم وابن وهب وأصبغ، وقال أشهب: بل عدتها بالإقراء وإن تبادت وهي بمنزلة التي ترضع وليس الرضاع بمانع للحيض من المرض.

(وعدة الحامل في وفاة أو طلاق وضع حملها كانت أمة أو حرة أو كتابية):

ما ذكر من أن عدة الحامل وضع حملها بالنسبة إلى المطلقة هو كذلك باتفاق، وما ذكر أن المتوفى عنها زوجها هو المشهور وقيل أقصى الأجلين حكاه غير واحد وقد قدمنا أن ظاهر كلام الشيخ ولو خرج بعض الولد وبقي بقيته في البطن فإن له الرجعة، ولا تتزوج حينئذ ونقل ابن العربي عن ابن وهب ما يقتضي إذا خرج ثلثاه أنها خرجت من العدة وتتزوج حينئذ ولا خلاف أن العلقة كافية كالكامل واختلف في الدم المجتمع إذا ألقته هل ذلك براءة لرحمها أم لا ففي استبراء المدونة أنه كذلك.

ونقل أبو محمد في نوادره عن أشهب أنه لغو قال بعض شيوخنا وهو ظاهر قول ابن الجلاب والتلقين وغيرهما ونص ابن الجلاب إذا وضعت الحامل علقة أو مضغة أو جنينا ميتا خلقة أو لم يتم حلت قال فاقتصاره على العلقة والمضغة يدل على أن ما دونهما كالعدم ولتعلم أن عياضًا في الإكمال عكس العزو في المسألة فعزا ما لابن القاسم لأشهب وما لأشهب لابن القاسم ولم يزل جميع أشياخي ينبهون على ذلك كما نبه عليه ابن عبد السلام فأعلمه قيل ويعرف بأن يصب عليه ماء سخن فلا يذوب.

(والمطلقة التي لم يدخل بها لا عدة عليها):

ما ذكر هو كذلك، وظاهر كلامه ولو كان المطلق مريضًا وهو المعروف في المذهب، وحكى أبو عبيد فيها عن مالك أن عليها العدة، وقال ابن عبد السلام ويلزمه مذهب الحسن البصري أن لها الصداق كاملاً وهو بعيد ولعل الحسن رأى أن تكملة الصداق عقوبة له بدليل الجمهور أن لها الميراث فقد غلبوا حكم الموت على حكم الطلاق وهذا إن لم يثبت له بها خلوة، وقال اللخمي: في كتاب إرخاء الستور: إن ثبت له بها خلوة، فالعدة ثابتة إن كانت خلوة الاهتداء بلا خلاف تصادقا على نفي المسيس أم لا وكذلك في خلوة الزيارة إذا تصادقا على المسيس.

واختلف في ذلك على ثلاثة أقوال فيما إذا اتفقا على نفي المسيس أو ادعى هو الوطء وأنكرت هي فقيل عليها العدة وإلى هذا ذهب مالك وابن القاسم وقيل لا عدة عليها قاله مطرف وابن الماجشون وأرى أنها تستحب إن اتفقا على نفي المسيس فإن تزوجت لم يفسخ وإن ادعى الزوج الوطء فقط وجبت العدة وإن أنكرت فإن تزوجت

فسخ إلا أن تكون بكرا أو تراضيا فإن النساء ينظرن إليها فإن وجدت بكرا لا عدة عليها وإذا وافقت الزوجة على عدم الإصابة عمل على ذلك في إسقاط النفقة والسكنى وكمال المهر إن كانت رشيدة باتفاق وإن كانت سفيهة ففيها اختلاف ففي الواضحة أنه يعمل على قولها ونحوه لعبد الملك في الثمانية، وهو المشهور لأنه لا يعرف إلا من قولها.

وقال مطرف: لا يقبل قولها لإسقاط ما وجب لها وقاله سحنون فيها وفي الأمة ومال ابن عبد السلام ومرض ما علل به المشهور بأن المحجور لا يقبل قوله في إتلاف الأموال مع أن ذلك لا يعلم غالبًا إلا من جهته، وأجرى بعض من لقيناه من القرويين عليهما هل يفتقر إلى توكيل السفيهة في طلب حقوقها من زوجها أو لا يفتقر إلى ذلك وجرى العمل على التوكيل.

(وعدة الحرة من الوفاة أربعة أشهر وعشر كانت صغيرة أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل مسلمة كانت أو كتابية):[1]

ما ذكر في المسألة هو كذلك باتفاق في المذهب وما ذكره في الكتابية هو المشهور وقيل إن عدتها ثلاثة حيض والقولان لمالك، وهما على الخلاف في الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا مع أن كل الاستبراء ثلاث حيض وخرج ابن رشد على أنهم غير مخاطبين وأن الاستبراء بواحدة والزائد تعبد إنما يلزمها حيضة واحدة، وكل هذا إذا دخل بها وأما إن لم يدخل بها فقال ابن الجلاب: يخرج على روايتين إحداهما لا شيء عليها للعلم ببراءة رحمها والرواية الأخرى يلزمه أربعة أشهر وعشر على أنها تعبد.

قلت: لم يحرر رحمه الله تعالى العبارة، لأن ما علل به الرواية الأولى ينتقض عليه بالمسألة وإنما يصح تخريجها على أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة وهو الذي

---

(١) في عدة الإماء قلت: أرأيت الأمة تكون تحت الرجل فيطلقها تطليقة يملك بها الرجعة أو طلاقًا بائنًا فاعتدت حيضة واحدة ثم أعتقت أو اعتدت بشهر ثم أعتقت أفتنتقل إلى عدة الحرائر في قول مالك أم تبني على عدتها؟ قال: قال مالك: تبني على عدتها ولا تنتقل إلى عدة الحرائر قلت؟ وسواء كان الطلاق يملك فيه الرجعة أم لا؟ قال: نعم ذلك سواء عند مالك تبني ولا تنتقل إلى عدة الحرائر قلت: أرأيت الأمة إذا مات عنها زوجها فلما اعتدت شهرا أو شهرين اعتقها سيدها أتنتقل إلى عدة الحرائر أم تبني على عدة الإماء وكيف هذا في قول مالك؟ قال: قال مالك: تبني على عدتها ولا ترجع إلى عدة الحرائر. انظر المدونة الكبرى لسحنون (١٧/٢).

أراد الشيخ رحمه الله تعالى، والله أعلم.

(وفي الأمة ومن فيها بقية رق شهران وخمس ليال):

ما ذكر هو المشهور بالإطلاق وقيل لا عدة على الأمة الصغيرة قبل البناء وإن أطاقت الوطء نقله غير واحد عن مالك من رواية ابن أبي زيد وابن العطار، وقيل هو قول شاذ.

(ما لم ترتب الكبيرة ذات الحيض بتأخيره عن وقته فتقعد حتى تذهب الريبة):

يعني أن زوال الريبة يكون بأحد أمرين إما بحيضة وإما بمضي تسعة أشهر قاله مالك وأكثر أصحابه، ونقل ابن رشد عن ابن الماجشون وسحنون أن تأخير الحيض، لا أثر له، وأما إن ارتابت بحبس بطن فقيل لا تحل أبدًا إلا بوضعه إذا كانت تحيض نقله اللخمي عن رواية أشهب وعزاه ابن العربي في الأحكام لأشهب ومالك قال وهو الصحيح لأنه إذا جاز أن تبقى خمسة أعوام جاز أن تبقى أكثر، وقيل يكفيها مضي مدة أقصى الحمل وهو المشهور وعليه فاختلف في قدره على ستة أقوال، فقيل ما يراه النساء وقيل أربع سنين، وقيل خمس سنين، وقيل سبع، وقيل ست وكلها لمالك رحمه الله تعالى، وقيل يكفيها تسعة أشهر حكاه الجوهري في إجماعه عن محمد بن عبد الحكم.

قال ابن عبد السلام: ولا أعلم له موافقًا كما لا أعلم له وجهًا لأن العيان اقتضى خلافه بما لا شكل فيه ولعله لم يصح عنه قلت قال بعض شيوخنا تقرب منه رواية المدونة في أمهات الأولاد من أقر بوطء أمته فجاءت بولد لما يشبه أن يكون حملا لذلك الوطء لحق به ونحوه في أوائل العدة والقول بخمس سنين هو المشهور قاله غير واحد والقول بأربع سنين هو اختيار ابن القصار وصرح عبد الوهاب بأنه المشهور، وقال ابن الهندي لم يمض العمل إلا بها وقال المتيطي القضاء هو بالخمس.

(وأما التي لا تحيض لصغر أو كبر وقد بنى بها فلا تنكح في الوفاة إلا بعد ثلاثة أشهر):

قال المتيوي يعني به الأمة.

(والإحداد أن لا تقرب المعتدة من الوفاة شيئًا من الزينة بحلي أو كحل أو غيره):

قال ابن محرز: ومثله لابن الحاجب هو ترك الزينة المعتادة واعترضه بعض شيوخنا بأنه غير جامع لأنه مقتضى جواز لبس الخاتم مثلاً لمن عليها ثياب رثة لأن العادة تقتضي أن لا تلبس الخاتم إلا من عليها زي يقتضيه قال فالحد الجامع المانع هو

أن يقال الإحداد ترك ما هو زينة ولو مع غيره.

وسمع أشهب وابن نافع أن من توفي زوجها وقد امتشطت أتنقض مشطها قال لا رأيت لو كانت مختضبة في سائر جسدها لوجب غسله كما يجب عليها نزع الزينة وكما يجب على الرجل إن أحرم وهو متطيب غسل طيبه، قلت وتعقبه بعض شيوخنا بوجهين:

أحدهما: أن تفسيره بما ذكر يقتضي منعها من الامتشاط بغير طيب، وهو خلاف قول المدونة تمتشط بالسدر وشبهه مما لم يختمر في رأسها.

والثاني: قوله لوجب كما يجب على الرجل إن أحرم وهو متطيب غسل طيبه هو خلاف قول الشيخ عبد الحق في تهذيبه.

قال بعض شيوخنا: إذا لزمتها العدة وعليها طيب فليس عليها غسل بخلاف من يحرم وعليه طيب، قال عبد الحق: يحتمل أن يفرق بينهما بأن المحرم أدخل الإحرام على نفسه فلو شاء نزع الطيب عنه قبل أن يحرم وبأن فيما دخل على المرأة من وفاة زوجها والاهتمام به شغلا لها عن الطيب.

(وتجتنب الصباغ كله إلا السواد):

ما ذكر من أن لباس السواد جائز هو قول عروة في المدونة وذكر قبله فيها عن مالك لا تلبس من الثياب المصبوغة ولا من الحلي شيئًا فظاهره العموم ونبه على هذا بعض شيوخنا، وفسر اللخمي المذهب بجوازه وعزاه الباجي لرواية محمد، وقال القاضي عبد الوهاب كل لون يتزين به النساء تمنع منه الحاد، قال اللخمي وهذا أحسن ورأى أن تمنع الثياب الحسنة وإن كانت بيضاء وكذلك رفيع السواد ولا تمنع الأخضر والأزرق والوردي وتمنع النفيس من الحرير وإن لم تجد إلا مصبوغا باعته أو غيرته بسواد، وقد يستخف بقاؤه بحاله إن كان في تغييره فساد.

قلت: ظاهر كلامه أنه حمل قول القاضي على الخلاف لقوله وهذا أحسن والأقرب أنه تفسير ويحمل على أن كل أحد تكلم على عرفه. فالسواد في الزمان الأول كان ليس من الزينة المعتادة فلهذا أجازه من تقدم ذكره بخلاف الأبيض ولو كان عرفهم على العكس لانعكس الحكم والله أعلم.

(وتجتنب الطيب كله): [١]

يعني مذكره ومؤنثه كما صرح به ابن الحاجب فالمؤنث كالكافور والمذكر كالياسمين.

(ولا تختضب بحناء ولا تقرب دهنا مطيبًا ولا تمتشط بما يختمر في رأسها):

قال في المدونة: ولا تكتحل إلا من ضرورة فلا بأس به وإن كان فيه طيب ودين الله يسر فظاهرها إنها إذا اكتحلت لضرورة لا يلزمها إزالته بالنهار قال بعض شيوخنا ولا يخفى عليك ما فيه، وقيل إنه يجب مسحه بالنهار قاله مالك في رواية محمد، ولمالك في المختصر لا تكتحل بإثمد فيه طيب وإن اشتكت عينها وقيد بعدم اضطرارها لذلك. واختلف في دخولها الحمام فقيل لا تدخله أصلاً وظاهر قول قائله ولو من ضرورة وقال أشهب: لا تدخل إلا من ضرورة وأجازه ابن لبابة.

(وعلى الأمة والحرة الصغيرة والكبيرة الإحداد):

ما ذكر في الأمة والكبيرة متفق عليه وما ذكر في الصغيرة هو المشهور وفي الكافي قيل لا إحداد على الصغيرة وعلى الأول فإن امتشطت فواضح وإلا فأهلها يجنبونها ذلك.

(واختلف في الكتابية وليس على المطلقة إحداد):

القول بأن الإحداد عل الكتابية هو قول ابن القاسم، والقول بنفيه هو قول ابن نافع وكلاهما في المدونة وعزا أبو عمر بن عبد البر قول ابن نافع له ولأشهب وروايته واختلف في وجوبه على امرأة المفقود في عدة وفاته فلابن القاسم في المدونة واجب، وقال سحنون وابن الماجشون أنه لا يجب حكاه ابن رشد.

(وتجبر الحرة الكتابية على العدة من المسلم في الوفاة والطلاق):

هذا مما يضعف قول ابن نافع السابق لأن الإحداد هو من توابع العدة والله أعلم، وظاهر كلام الشيخ سواء بنى بها أم لا، وقد تقدم ما في ذلك وإنما جبرت لحق الزوج لأن العدة للزوج بها تعلق وله فيها حق، وما هذا شأنه يغلب فيه حكم الإسلام، وقال بعضهم إنما جبرت لأنها مخاطبة بفروع الشريعة وهو بعيد إذ لو كان كما قال لكان فيها خلاف وإن دخل بها ولا أعرفه.

(وعدة أم للولد من وفاة سيدها حيضة وكذلك إذا أعتقها فإن قعدت عن الحيض

---

(١) انظر: شرح الرسالة (ص٧١١).

فثلاثة أشهر):

ما ذكر الشيخ من أن عدة أم للولد حيضة هو نص المدونة زاد فيها ولو مات عنها وهي في أولها أو غاب فحاضت بعده حيضة ومات في غيبته لزمتها حيضة بعد وفاته لأنها لها عدة بخلاف الاستبراء قال ابن القاسم لقوة الخلاف فيها قال بعض العلماء عليها عدة أربعة أشهر وعشر وقال بعضهم ثلاث حيض. قال مالك ولا أحب لها المواعدة فيها ولا تبيت إلا في بيتها ولا إحداد عليها، ونقل ابن رشد عن المذهب في ثالث مسألة من رسم عيسى في طلاق السنة لها المبيت في الحيضة في غير بيتها من عتق أو وفاة قال بعض شيوخنا فقف على ما زعم عن المذهب في نقله هو خلاف نص المدونة.

(واستبراء الأمة في انتقال الملك حيضة انتقل الملك ببيع أو هبة أو سبي أو غير ذلك ومن هي في حيازته قد حاضت عنده ثم أنه اشتراها فلا استبراء عليها إن لم تكن تخرج):

ما ذكر من الاستبراء بحيضة هو المنصوص وأخذ ابن عبد السلام أن الاستبراء قرء واحد من المدونة في الأمة المتواضعة في ضمان بائعها حتى تدخل في أول الدم وضعفه بعض شيوخنا بأنه بأول الدم فقط لا به مع طهر قبله لقوله إن ابتاعها في دمها فلا استبراء وضعف شاذ قول ابن الحاجب وهو حيضة على المشهور بقوله لا أعرفه منصوصًا لغيره.

ومثله لخليل وقال إنما خرجه المازري على قول أشهب أن المشتراة في أول دمها لا تكتفي بذلك، وقبله ابن عبد السلام فإن قيل فقدمت ذات الحيض على الدم لا لمرض ولا لرضاع فروى ابن القاسم وابن غانم ثلاثة أشهر، وروى ابن وهب وأشهب تسعة أشهر، وهكذا نقل ابن رشد، وقال اللخمي: نقل ابن القاسم وابن وهب تسعة وابن أبي حازم وأشهب ثلاثة، وقال أشهب وينظرها النساء.

قال بعض شيوخنا: والصواب عن ابن القاسم نقل ابن رشد عن المدونة فإن ارتابت بحبس بطن فتسعة اتفاقًا واستشكل بأنه إن زالت ريبتها قبلها حلت وإن بقيت لم تحل فالتسعة لغو.

وأجاب ابن شاس بأن التسعة مع بقاء الريبة دون زيادة تحلها وإنما لغوها إن ذهبت أو زادت وقبلوه وأما إن تأخر الحيض لمرض أو رضاع فثلاثة أشهر، قال ابن رشد لا أعلم فيه خلافًا وقد يدخله الخلاف بالمعنى وجعلها ابن الحاجب كالأولى

وسلمه ابن عبد السلام،وقال بعض شيوخنا لم أقف على ما قال ومثله لخليل قيل ويحتمل أن يرجع للقول الأخير فقط من القولين السابقين في المسألة السابقة.

قلت: ولولا الإطالة في كلام ابن الحاجب لذكرنا لفظه.

(واستبراء الصغيرة في البيع إن كانت توطأ ثلاثة أشهر):

ما ذكر من أن الصغيرة التي توطأ عليها الاستبراء هو المشهور وتقدمت رواية ابن عبد الحكم بأنه لا استبراء عليها وما ذكر أن مقداره ثلاثة أشهر هو المشهور أيضًا، وقيل شهر وقيل شهر ونصف وقيل شهران وكلها في البيان لابن رشد.

(واليائسة من المحيض ثلاثة أشهر والتي لا توطأ فلا استبراء فيها):

واعلم أن اليائسة فيها الأربعة السابقة وأما المستحاضة ففي المدونة ثلاثة أشهر وفي الموازية تسعة، وأما الحامل فمنتهاه وضع حملها والمرتابة بحبس البطن منتهى أقصى أمد الحمل باتفاق وقد تقدم ما فيه من الخلاف.

(ومن ابتاع حاملا من غيره أو ملكها بغير البيع فلا يقربها ولا يتلذذ منها بشيء حتى تضع):

ما ذكر هو المشهور وقال ابن حبيب لا يحرم من الحامل من زنا والمسبية إلا في الوطء نقله ابن الحاجب رحمه الله وقال ابن عبد السلام ما ذكر عن ابن حبيب في الزنا لا أعرفه له لكن قال سحنون فيمن اشترى أمة بالبراءة من حمل ظاهر لا بأس أن ينال منها ما ينال من الحائض إذا كان من غير السيد، وقال ابن يونس لعله رخص في هذا للشيخ لأنه يملك نفسه كما أرخص له النبي ﷺ في القبلة في الصوم وأما الشاب فلا وأجابه خليل بأنه نقله غير واحد عنه كالمازري وابن شاس وابن راشد، قال عبد الحق عن أصبغ من زنت زوجته وهي غير بينة الحمل لم يطأها إلا بعد ثلاث حيض فإن وطئها فلا شيء عليه قاله محمد، واختلف إذا اغتصبت وهي بينة الحمل، فقيل إن وطأها جائز قاله أشهب، وقيل إنه مكروه قاله أصبغ ورواه، وقيل يستحب تركه قاله ابن حبيب.

(والسكنى لكل مطلقة مدخول بها):

يريد إلا أن تكون صغيرة دخل بها وهي لا يجامع مثلها فلا سكنى لها إذ لا عدة عليها في الطلاق.

(ولا نفقة إلا للتي طلقت دون الثلاثة وللحامل كانت مطلقة واحدة أو ثلاثًا):

يريد إذا كان الطلاق رجعيًّا، وإما إن كان الطلاق بائنًا فلا نفقة لها حسبما يقوله الشيخ الآن وظاهر كلام الشيخ أن ظهور الحمل كاف في وجوب النفقة فإن لم يتحرك قيل وهو الذي وقع لمالك في غير ما كتاب وفي الموازية يعتبر ظهور الحمل وتحريكه وقيل تجب لها الآن ولا تدفع لها حتى تضع لاحتمال أن يكون ريحا فينفش وهي رواية المبسوط وكتاب ابن شعبان والقول الثاني يرجع للأول وسمعت بعض من لقيته يقول إنه قول ثالث ونظير هذه المسألة هل يلاعن بظهور الحمل أم لا.

واختلف إذا أنفق على الحمل ثم أنفش على أربعة أقوال: فقيل يرجع عليها وعكسه وقيل إن حكم بذلك حاكم رجع وإلا فلا وهذه الأقوال الثلاثة حكاها غير واحد، وقيل عكس الثالث إن كان بحكم فلا رجوع لأنه حكم مضى وإلا رجع حكاه ابن حارث، قال ابن رشد ولهذه المسألة نظائر منها مسألة كتاب النفقة من المدونة الذي يثيب على الصدقة وهو يظن أن الثواب يلزمه ومنها مسألة كتاب الصلح فيها في الذي يصالح عن دم الخطأ وهو يظن أن الدية تلزمه.

(ولا نفقة للمختلعة إلا في الحمل ولا نفقة للملاعنة وإن كانت حاملا ولا نفقة لكل معتدة من وفاة):

واختلف هل لها السكنى أم لا فقال القاضي إسماعيل: لا سكنى لها واختاره ابن رشد وابن عبد السلام والمشهور أن لها السكنى، واختلف هل للناشزة نفقة أم لا على ستة أقوال: فقيل لها ذلك قاله في كتاب محمد وسماع عيسى، وعكسه قاله عبد الوهاب في الإشراف وقيل إن كانت حاملا وجبت لها النفقة لأجل الولد وإلا فلا قاله ابن الجلاب، وقيل إن خرجت من المسكن فلا نفقة لها وإن لم تخرج فلها قاله أبو بكر الوقار وقيل إن عجز عن ضربها على نشوزها فلا نفقة لها، وإلا وجبت لها قاله أبو الحسن القابسي، وقيل لها النفقة إن فعل ذلك بغضًا فيها كالعبد الآبق، وإن ادعت أنه طلقها فلا نفقة لها نقله ابن يونس عن سحنون وفي المدونة فيمن غلبت زوجها فخرجت من منزله في العدة من طلاق بائن وسكنت غيره لا كراء لها عليه فيما سكنت فأقام منها ابن الشقاق أن الناشزة لا نفقة لها.

ورده أبو عمران بأن بقاءها في المنزل حق لله تعالى وبقاءها مع الزوج حق له ولابن رشد فرق آخر بينهما وهو أن السكنى متعينة لها في مسكن الطلاق لا في ذمته فليس لها أن توجب في ذمته ما لم يكن واجبًا عليه، وصوب بعض شيوخنا هذا الفرق

قائلاً: هو أبين من فرق أبي عمران وأقام منها أبو إبراهيم أن المرأة إذا كان لها ولد وانتقلت به إلى بلد آخر مختفية ثم جاءت به بعد مدة تطالب بما أنفقت عليه أنه لا شيء لها، وعبر المغربي عن الإقامة المذكورة بقوله أقاموا منها.

(ولها السكنى إن كانت الدار للميت أو قد نقد كراءها):

ما ذكر الشيخ أن لها السكنى هو المشهور، وروى ابن خويز منداد سقوط السكنى في الوفاة وقاله ابن القصار محتجا بأن ملك الزوج للدار قد زال بموته واختاره ابن عبد السلام، وقال اللخمي: إن قام الغرماء والمسكن في ملك الزوج بيع واستثنى مدة العدة كانت عدة طلاق أو وفاة وإن كانت بكراء ونقده فهي أحق به بذلك الكراء بقدر العدة وبيع الباقي للغرماء وإن كان لم ينقده والعدة من الطلاق فللمكري أخذ مسكنه وإن أسلمه فتكون الزوجة أحق به ويحاص المكري مع الغرماء فيما سواه، وإن كانت لوفاة لم يكن المكري أحق ولا الزوجة وبيع للغرماء والمكري أحدهم، وإن يكن عليه غرماء بيع له وليس له أخذه.

قلت: وأخذ بعض شيوخنا من بيع دار الميت واستثناء سكنى العدة مع احتمال الريبة جواز بيع الدار واستثناء سكناها خمس سنين وأجاز المغيرة استثناء عشر سنين وأخذه بعضهم من قول المدونة فيمن استعار أرضًا من رجل على أن يبنيها ويسكنها عشر سنين ويكون البناء لصاحب الأرض ذلك جائز إذا وصف البناء وأجاز سحنون استثناء ثلاث سنين وابن حبيب استثناء سنتين إلى غير ذلك من الأقوال وقال ابن عبد السلام في قول أهل المذهب بتقديم حق المعتدة على الغرماء نظر لأنه يوجب كون حقها بعد الموت وانقطاع الزوجية أقوى منه في الحياة مع بقاء العصمة فيكون التابع أقوى من متبوعه وهذا خلف لأن سكنى العدة إنما وجب تبعًا لسكنى الحياة.

وقال ابن عات خرج بعضهم من بيعها للغرماء أن من خلف حاملا وعليه دين وله عقار أنه يباع للغرماء وخالف فيه ابن أيمن وقال لا يباع حتى تضع الحمل. **قلت:** قال بعض شيوخنا قد يفرق بأن الحمل مانع لوجوب الأعذار في الدين للولد الحمل والمعتدة المبهمة لمانع مشكوك فيه، وقد علمت أن العادة أن الشك في المانع لغو بخلاف تحققه، واختلف أيضًا إذا أوصى بوصية وثم حمل نقل يعطي للموصي له الوصية أو حتى تضع واختلف أيضًا في المرأة إذا كانت حاملا وطلبت ثمنها عاجلا.

(ولا تخرج من بيتها في وفاة أو طلاق حتى تتم العدة إلا أن يخرجها رب الدار ولم

يقبل من الكراء ما يشبه فلتخرج وتقيم بالموضع الذي تنتقل إليه حتى تنقضي العدة):

قال في المدونة: إن انهدم المسكن فدعت إلى مسكن غير ما دعا إليه الزوج فذلك لها فيما لا يضر به لكثرة كراء ولو أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت أراد بقوله أو سكنى أحد أمرين إما مسكن سوء غير مأمون وإما بحيث لا يعلم أنها معتدة وهذا التقييد الأخير قيد به ابن شاس قولها ولو اسقطت الكراء سكنت حيث شاءت، فقال يريد حيث يعلم أنها معتدة بحيث لا يخفى عليه خبرها.

وقال ابن عبد السلام: لا يبعد أن يكون القول قوله كما كان ذلك قبل الطلاق ورده بعض شيوخنا بأنه قبل الطلاق ومقارن معها في السكنى فعليه حكمه وفي المدونة لا تخرج امرأة الأمير لوال غيره قبل تمام العدة واضطرب أهل المذهب إذا مات إمام المسجد وهو في الدار المحبسة عليه فقيل كذلك قال ابن عات وعليه جرى عمل أهل قرطبة وقيل تخرج منها إن أخرجتها جماعة المسجد.

قاله ابن العطار واقتصر أكثر الشيوخ عليه كعبد الحق والباجي وابن رشد وابن زرقون وغيرهم وفرقوا بينها وبين مسألة الأمير بثلاثة فروق.

أحدها لابن رشد أن امرأة الأمير لها حق في بيت المال، وهذه الدار لبيت المال.

والثاني: أن أصل أجرة الإمام مكروهة، وكلا الفرقين ذكره ابن عات وعزا الأول لمن ذكر، والثاني لابن المناصف، قلت ورد بعض شيوخنا الثاني بمنع كونها إجارة مكروهة في الإمامة بل هي إعانة وإلا افتقرت إلى ضرب الأجل ولا قائل به.

الثالث: أن سكنى الإمام على وجه الإجارة فإذا مات انتقضت الإجارة بخلاف الإمارة وإلى هذا ذهب عبد الحق والباجي وغيرهما وفهمه خليل على أنه مغاير لما قبله، كما قلنا قال وإنما يقصد الناس في زماننا في أئمة المساجد الإجارة فيقوى قول ابن العطار.

وفي المدونة: وتنتوي البدوية حيث انتوى أهلها لا حيث انتوى أهل الزوج وأراد بقوله تنتوي أي تترحل وتبعد من النوى وهو البعد، قال عياض: وأخذ بعضهم منه أنه إنما كان لها ذلك إذا كان رحيلهم عن بعد وإن كان عن قرب بقيت لتمام عدتها قلت: وأخذ منها بعض شيوخنا أن المرأة إذا ماتت وأراد زوجها دفنها في مقبرته وأراد أهلها دفنها في مقبرتهم أن القول قول أهلها، وقال الفاكهاني: لم أر لأصحابنا فيها نصًّا فمن رأى ذلك فليضمه إلى هذا الموضع راجيا ثواب الله الجزيل ذكر ذلك عند قول الشيخ واختلف في كفن الزوجة.

(والمرأة ترضع ولدها في العصمة إلا أن يكون مثلها لا ترضع وللمطلقة رضاع ولدها على أبيه ولها أن تأخذ أجر رضاعها إن شاءت[١]):

يريد بقوله إلا أن يكون مثلها لا ترضع لأحد أمور ثلاثة: إما لشرفها، وإما لمرضها وإما لانقطاع لبنها، قال اللخمي ولذات الشرف رضاعه بأجر قال الشيخ خليل، وأفتى بعض مشايخ شيخي بأن الشريفة إذا تواضعت الرضاع لا أجر لها لإسقاطها حقها ولا كبير مؤنة عليها في لبنها وإن مات أبوه وله مال استؤجر له من مال أبيه والأم أحق به إن قبل غيرها وإن لم يقبل غيرها لزمها بالأجر، وإن لم يكن له مال وكان لها لبن فالمشهور يلزمها إرضاعه وقيل لا يلزمها وهو من فقراء المسلمين، قاله ابن الجلاب ونقله ابن يونس عن القاضي عبد الوهاب قائلاً: ولها أن تأخذ أجر رضاعها إن شاءت وإن لم يكن لها لبن فقيل يجب عليها في مالها واختار التونسي أنه لا يجب عليها وبه قال اللخمي وهو قول القاضي عبد الوهاب قائلاً، واختلف المذهب إذا وجد من يرضعه بدون أجرة المثل فقيل إن حقها ساقط إلا بما وجد خاصة. رواه ابن وهب، وقيل لها أجر المثل ولا يلتفت إلى ما وجد.

والمدونة محتملة للقولين معًا ونصها والأم أحق بما يرضع به غيرها فيحتمل أن يكون في واجد الأب ولمن كان أقل من أجرة المثل وعليه اختصر أبو محمد والبراذعي ويحتمل أن يكون أراد رضاع المثل وعليه حمل ابن يونس وغيره كلام المدونة، ثم اختلف الشيوخ فحكى ابن بشير عن بعض المتأخرين إنما هو الخلاف إذا قالت المرضعة أرضعه عندي وإن قالت أنا أرضعه عند الأم فلا قول للأم بلا خلاف ومنهم من رد القولين لذلك ومنهم من أبقاهما على إطلاقهما فاعلم أنها ثلاثة طرق واختلف إذا وجد من يرضعه مجانا وهو موسر، ففي المدونة لا مقال له.

وروى ابن وهب له متكلم وحمله ابن رشد على أن الأب وجد من يرضعه عند الأم وحيث وجب على الأم إرضاعه بأجر فهو أجر المثل نص عليه ابن الكاتب وغيره وفي طرر ابن عات إن اختلف في الأجرة فحكى ابن فتحون عن أبي الوليد بن مقبل أنه سأل عن ذلك فقال على الزوج الموسر ديناران في الشهر وعلى المتوسط دينار وأربعة دراهم وعلى العامل بيده دينار، وظاهر كلام بعض شيوخنا أنه خلاف والحق أنه وفاق

(١) انظر: شرح الرسالة لزروق (ص٧١٤).

أنه إنما تكلم على عرفه لأن ما ذكره دعوى لم يقم عليها دليل شرعي والله أعلم، وإن لم ترض الأم بأجرة مثلها فللأب أخذه إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر على إرضاعه بأجر مثلها.

قال اللخمي وابن عات ولا سكنى للمرضع مدة إرضاعها لأن مسكنه حجر أمه قلت وذكر ابن عبد السلام قولاً أن لها ذلك على الأب.

(والحضانة للأم بعد الطلاق إلى احتلام الذكر ونكاح الأنثى ودخولها) (١)

ظاهر كلام الشيخ ولو كانت الأم كافرة وهو نص المدونة خلافًا لابن وهب وعن ابن القاسم مثله واختاره اللخمي وظاهر كلامه أيضًا وإن كانت الأم سفيهة أن لها الحضانة وهو كذلك في أحد القولين وحكاهما المتيطي ووقعت بباجة في أيام الأمير أبي بكر فأفتى فيها ابن عبد السلام بأن لا حضانة لها، وأفتى ابن هارون بأن لها الحضانة فأمر الأمير أن يعمل بقول ابن هارون بأن الحضانة لها، واختاره بعض شيوخنا لكونه ظاهر رواية المدونة وغيرها ولا خصوصية للأم في هذه المسألة بل لكل حاضنة وإن كان بالحاضن جذام أو برص، فإن كان خفيفا فمغتفر وإن كان فاحشا فمانع من الحضانة.

واختلف في أم الولد إذا أعتقت والمشهور أن لها الحضانة خلافًا لابن وهب ولو أعتق ولد الأمة فإن الحضانة لها قاله في المدونة قال اللخمي وفيه نظر لأن الغالب في الأمة أنها تكون مقهورة على عمل ساداتها والحرة إذا تزوجت سقطت حضانتها بما تعلق بها من حقوق الزوج فكيف بهذه وفرق الشيخ المغربي بينها وبين ما استدل به بأن الحرة إذا تزوجت أحدثت بعد الطلاق ما يخل بالحضانة والأمة لم تحدث بعد الطلاق ما يخل بها وكونها مقهورة على عمل ساداتها فعليه دخل الزوج وفرق ابن عبد السلام بينهما بأنهما رأوا في المذهب كون المرأة إذا تزوجت حصل بين زوجها الثاني وبين مطلقها بغض وعداوة والشنئان له ولولده فنزعوا الولد لذلك والأمة وإن كانت مشغولة بالخدمة إلا أنهم لا يبغضون ولدها كما يبغضه الزوج واعلم أن ما تقدم من سقوط الحضانة إذا تزوجت الأم المراد بذلك إذا دخل بها زوجها وزعم ابن حارث الاتفاق على سقوطها وقال المتيطي هو المشهور المعمول به وفي العتبية ليحيى روى ابن القاسم: ليس للأب أخذه من الأم وإن دخل بها زوجها إن كان الابن في كفاية عندها وعلى الأول فلا يرد لها إن خلت من الزوج عند الأكثر وقيل يرد إليها قاله ابن وهب

---

(١) انظر: شرح الرسالة لزروق (ص٧١٥).

وابن نافع ورواه ابن خويز منداد، وقاله عبد الوهاب واختار ابن يونس الأول مستدلاً بعدم عود النفقة على الأب إذا أسقطت في حق ولده قال، واختلف شيوخنا إذا تزوجت تزويجا فاسدا ودخل بها ونزع الولد ثم فسخ فقال بعضهم يرجع إليها الولد وقيل لا يرجع قلت وذكر ابن رشد قولاً بأن الدخول بالزوجة لا يسقط الحضانة بل حتى يحكم الحاكم فلو تأيمت قبله فهي أحق به ذكره في المقدمات ولكل حاضن قبض نفقة محضونه، وكسوته وغطائه ووطائه قال ابن عات في المجالس إذا ادعت الحاضنة أن كسوة الولد خلقت منه أو أتلفها في خروجه عنها حلفت وكانت من الأب، وقال هشام هو منها وبه جرى العمل.

قلت: وأجرى بعض شيوخنا القولين على الخلاف في الحضانة هل هي حق للمحضون أو للحاضن وكذلك أجرى عليها غير واحد اختلافهم هل لها أجرة أم لا وظاهر كلام الشيخ أن الإنبات لا أثر له وهو كذلك عند ابن القاسم، وقيل إن قارب الاحتلام وأنبت، وأسود نباته فللأب ضمة إليه قاله ابن الماجشون ووجهه بأن الإنبات هو الذي يمكن إثباته بالشهادة عليه والاحتلام لا يعلم إلا بقول الصبي وروى ابن وهب أن منتهى الحضانة في الذكور والإثغار كذا عزاه الباجي وعزاه اللخمي لمالك وأبي مصعب، ومختصر ابن عبد الحكم.

وكان بعض من لقيناه يعارضه بقوله في التفرقة بين الأم وولدها أنه لا يفرق بينهما أبدًا ويرد بأنا نمنع أن أخذ الوالد ولده في الحضانة تفرقة سلمنا أنه تفرقة لكن في البيع أشد فناسب المنع للأبد والله أعلم واختار ابن القصار وابن رشد استفهام الأبوين على الذكر وقيل الولد الذكر في أبويه مخير ولقد بعدنا عن كلام الشيخ ولنرجع إليه.

(وذلك بعد الأم إن ماتت أو نكحت للجدة ثم للخالة فإن لم يكن من ذوي رحم الأم أحد فالأخوات والعمات فإن لم يكونوا فالعصبة):

اعلم أن الحضانة في النساء للأم ثم أمها ثم جدة الأم لأمها ثم الخالة ثم الجدة للأب ثم جدة الأب لأبيه ثم الأخت ثم العمة ثم بنت الأخت، واعلم أن خالة الخالة تتنزل منزلة الخالة نقله ابن يونس عن ابن المواز وعزاه الباجي لروايته وجعله بعض شيوخنا المذهب قائلاً: وقول ابن شاس وابن الحاجب وفي إلحاق خالة الخالة بالخالة قولان لا أعرفه وسلمه ابن عبد السلام قائلاً عن بعضهم: وكذلك عمة العمة التي هي أخت الجد للأب قال وفي عبارة المؤلف قلق لأن القول بأنه لا تلحق خالة الخالة بالخالة

لا يلزم منه سقوط حقها في الحضانة مطلقًا والحضانة في الذكور للأب ثم الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم ثم المولى الأعلى والأسفل على المشهور فيها قال اللخمي: ولم أر للجد في الحضانة نصًّا وأرى له في ذلك حقًّا وقال ابن العطار: إذا اجتمع الجدان فالجد للأب أولى من الجد للأم والأم ثم أمها أولى من كل من له الحضانة وفي تقديم الأب على بقيتهن أربعة أقوال ثالثها المشهور ويقدم على من بعد الجدة للأب ورابعها يقدم على من بعد الخالة.

(ولا يلزم الرجل النفقة إلا على زوجته كانت غنية أو فقيرة [1]):

---

(١) فيمن تلزم النفقة قلت: أرأيت فيمن تلزمني نفقته في قول مالك؟ فقال: الولد ولد الصلب دنية تلزمه نفقته في الذكور حتى يحتلموا فإذا احتلموا لم تلزم نفقتهم والنساء حتى يتزوجن ويدخل بهن أزواجهن فإذا دخل بها زوجها فلا نفقة لها عليه فإن طلقها بعد البناء أو مات عنها فلا نفقة لها على أبيها قلت: فإن طلقها قبل البناء؟ قال: فهي على نفقتها ألا ترى أن النفقة واجبة على الأب حتى يدخل بها لأن نكاحها في يد الأب ما لم يدخل بها زوجها ابن وهب عن يونس بن يزيد أنه سأل ربيعة عن الوالد هل يضمن مؤنة ولده وإلى متى يضمنهم؟ قال: يضمن نفقة ابنه حتى يحتلم وابنته حتى تنكح قلت: فولد الولد؟ قال: لا نفقة لهم على جدهم وكذلك لا تلزم نفقتهم على جدهم ولا يلزم المرأة النفقة على ولدها وتلزم النفقة على أبويها وإن كانت ذات زوج وإن كره ذلك زوجها كذلك قال مالك: قال والزوج يلزمه نفقة امرأته وخادم واحدة لامرأته ولا يلزمه من نفقة خدمها أكثر من نفقة خادم واحد ولا يلزم نفقة أخ ولا أخت ولا ذي قرابة ولا ذي رحم محرم منه قال مالك: وعلى الوارث مثل ذلك أن لا يضار.

قلت: أرأيت الجارية التي لا بد لها من خادم للخدمة وعندها خادم قد ورثتها من أمها أيلزم الأب نفقة خادمها وهي بكر في حجر أبيها؟ فقال: لا أرى أن يلزم الأب نفقة خادمها ويلزمه نفقتها في نفسها قلت: وهذا قول مالك؟ قال: نعم وهو رأيي ويقال للأب إما أنفقت على الخادم وإما بعتها ولا يترك بغير نفقة وقال ربيعة في امرأة توفي عنها زوجها ولها ولد صغير فأرادت أن تتزوج وترمي به على عمه أو وصي أبيه وليس للغلام مال قال: فقال ربيعة: يكون ذلك لها وولدها من أيتام المسلمين يحمله ما يحملهم ويسعه ما يسعهم وولي الأرحام أولى من الأم بالولد إلا أن تحب الأم الحضانة فيقضى لها بحضانة ولدها لأن حجرها خير له من حجر غيرها ولا يضمن أحد نفقة اليتيم إلا أن يتطول متطول فيصل ما بدا له إلا ما قسم الله لأيتام المسلمين من الحق في الصدقة والفيء قال: وقال ربيعة في قول الله تبارك وتعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ (البقرة: ٢٣٣) قال الوارث الولي لليتيم ولماله مثل ذلك من المعروف يقول في صحبة الوالدة ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ (البقرة: ٢٣٣) يقول ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ يقول فيما ولي الولي إن أقره عند أمه أقره بالمعروف فيما ولي من اليتيم وماله وإن تعاسرا وتراضيا على أن يترك ذلك يسترضعه حيث أراه الله ليس على =

اختلف ما الذي يفرض لزوجته على أربعة أقوال: فقيل يفرض الثمن وقيل: الأعيان وقيل: إن كانت الأعيان مما يجوز بيعها قبل قبضها فالأول وإلا فالثاني وقيل: إن الحاكم مخير واختلف إذا مرضت فقل أكلها أو خرجت قليلة الأكل وطلبت قوتا كاملاً فقال أبو عمران يقضي لها بالوسط وتصرف الفاضل فيما أحبت قال المتيطي والصواب أنه لا يكون لها إلا ما تقدر عليه من الأكل كذا عزاه الشيخ خليل وفيه نظر بل نقله المتيطي عن اختيار ابن سهل فقط، ولو وجدها فادحة الأكل فلا كلام له وهي مصيبة نزلت به قال بعض القرويين لأنها لا ترد إلا من العيوب الأربعة بخلاف إذا وجد المكتري أكولا فإن له أن يفسخ إجارته وقبله غير واحد كالمتيطي ونص الشيخ ابن رشد على أن للزوج أن يمنعها من الغزل وجعله بعض من لقيناه من القرويين المذهب قائلاً: نقله ابن يونس عن أبي محمد بن أبي زيد عن مالك، وما ذكره لا أعرفه وجعله شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله خلاف ظاهر المذهب لأن الزوج ليس له فيها إلا المتعة وبه أقول ولا يقال الأول أقرب بدليل أن له منعها من صوم التطوع لأن الصوم يضعفها غالبًا بخلاف الصنعة غالبًا والعيان يشهد لذلك ولأن الصوم يمنعه من الوطء فلذلك وقف على رضاه.

(وعلى أبويه الفقيرين):

ظاهر كلام الشيخ ولو كان الأبوان كافرين وهو كذلك، وحكى ابن حارث عن رواية ابن غانم أنه لا نفقة لهما وظاهر كلام الشيخ أيضًا ولو كان الأبوان يقويان على العمل وهو كذلك عند الباجي خلافًا للخمي والأظهر أن لا يمين على الأبوين خلافًا لابن لبابة وإذا كانت عند الأب دار لا فضل في ثمنها فهي كالعدم ولذلك يعطى من الزكاة، واختلف إذا تعددوا وكانوا موسرين فقيل: على قدر رءوسهم قاله ابن الماجشون وأصبغ وقيل: على قدر أموالهم قاله ابن المواز وقيل: على قدر الميراث قاله

=

الولي في ماله شيء مفروض إلا من احتسب الليث عن خالد بن يزيد عن زيد بن أسلم أنه قال في قول الله تبارك وتعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ (البقرة: ٢٣٣) إنها تطلق أو يموت عنها زوجها فقال: وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك يقول ليس لها إن تلقى ولدها عليه ولا يجد من يرضعه وليس له أن يضارها فينزع منها ولدها وهي تحب أن ترضعه وعلى الوارث مثل ذلك فهو ولي اليتيم. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٢/٢٦٥).

مطرف وابن حبيب وقيل: إن كل واحد من الأولاد تلزمه النفقة على انفراده فهي على السواء وإن كان بعضهم يلزمه منها إن لو انفرد بعضها لزمه بقدر ذلك معهم ويجب على الولد أن ينفق على امرأة واحدة لأبيه لا أكثر وقال ابن عبد الحكم لا يلزمه ذلك.

واختلف هل يجب على الولد أن يزوج أباه على قولين لأشهب وابن القاسم وسبب الخلاف هل النكاح قوت أو فاكهة وسمع ابن القاسم لا يجب عليه أن يحجه، قال ابن رشد هذا على القول بأنه على التراخي وأما على القول الذي يقول بالفور فإنه يجب عليه وكل هذا إذا اعترف الابن بفقر أبيه وأما إذا أنكر فقره فعلى الأب إثبات فقره ثم اختلف هل يحلف مع ذلك أم لا فقال ابن لبابة: يحلف، وقال غيره لا يحلف، قال بعض الموثقين وبه القضاء وعليه العمل والقولان حكاهما المتيطي ولو زعم الولد أنه فقير لتسقط عنه نفقة أبيه فقيل: يقبل قوله قاله ابن الفخار وقيل: لا قاله ابن العطار.

(وعلى صغار ولده الذين لا مال لهم على الذكور حتى يحتلموا ولا زمانة بهم وعلى الإناث حتى ينكحن ويدخل بهن أزواجهن ولا نفقة لمن سوى هؤلاء من الأقارب):

ظاهر كلام الشيخ أن الزمانة لو طرأت بعد البلوغ لا أثر لها فلا تعود النفقة وهو كذلك عند ابن القاسم ولابن وهب في الموازية لا نفقة عليه وإن بلغ زمنا ولابن الجلاب عن ابن الماجشون تلزمه نفقته ولو حدثت الزمانة بعد البلوغ ولا خصوصية للزمانة بل وكذلك العمى وشبهه.

(وإن اتسع فعليه إخدام أم زوجته وعليه أن ينفق على عبيده):

اختلف في الإخدام فقيل: هو واجب للزوجة كنفقتها تطلق بالعجز عنه قاله ابن الماجشون وقيل يجب كالنفقة ولا تطلق بالعجز عنه وهو مذهب ابن القاسم، وقال ابن حبيب لا تجب إلا أن يكون موسرًا أو الزوجة من ذوات القدر وهذه الأقوال الثلاثة حكاها ابن رشد في أجوبته وصرح في البيان بأن المشهور القول الثاني وحيث تجب لها الخدمة فقيل: تقصر على خادم واحد وقيل يقضى عليه بأكثر وقيل إن ارتفع قدرها كبنت السلطان والهاشمية فالثاني وإلا فالأول قاله أصبغ وظاهر كلام الشيخ أن الزوج محمول على عدم الاتساع حتى يثبت وهو كذلك على ظاهر المدونة وفي ذلك قولان حكاهما صاحب الطراز.

(ويكفنهم إذا ماتوا):

ما ذكر الشيخ من أن على السيد أن يكفن عبيده هو كذلك باتفاق قاله بعض

الشيوخ وهو نص المدونة في الرهون قال فيها: وعليه كسوة العبد وكفنه إن مات ودفنه وأخذ منها بعض من لقيناه من القرويين أن البهيمة إذا ماتت بفناء قوم فإنه يجب على ربها أن يرفعها.

وفي ذلك قولان حكاهما صاحب الطراز ورده شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى بأن للآدمي حرمة ليست لغيره فأفتى أبو القاسم الغبريني لقاضي القيروان لما كتب له فيها حين نزلت به بأن فيها قولين ذكرهما صاحب الطراز إشارة منه إلى أن القولين على حد السواء وإلى هذا كان يذهب شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى، قلت: وهو الأقرب، الأول لأن ربها لو أخذ جلدها لكان له ذلك على ظاهر المذهب قولاً واحدًا.

(واختلف في كفن الزوجة فقال ابن القاسم في مالها وقال عبد الملك في مال الزوج وقال سحنون إن كانت ملية ففي مالها وإن كانت فقيرة ففي مال الزوج):

يريد إذا كانت الزوجة مدخولا بها أو دعي إلى البناء بها واعتبر ابن القاسم رحمه الله تعالى الحياة فأسقطه عن الزوج ورعى ابن الماجشون الاستصحاب وقول سحنون استحسان ونسبه ابن شاس لمالك وعزا المتيطي الثاني لرواية ابن الماجشون وزاد رابعًا لابن القاسم في سماع عيسى وهو إن كانت بكرا فعلى أبيها وإن كانت مدخولا بها ففي مالها وإن كانت فقيرة ولها ولد فذلك عليه وكذلك اختلف في كفن الأبوين والولد على قولين وسببهما ما قدمناه قال بعض من لقيناه، ولا يتخرج هذا الخلاف في العبد لأن نفقته لازمة فكفنه كذلك ولا يتخرج من الزوجة وإن كانت نفقتها متأصلة لأنها معاوضة.

باب في البيوع وما شاكل البيوع

قال ابن عبد السلام: معرفة حقيقة البيع ضرورية حتى للصبيان ورده بعض شيوخنا بأن المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره ولا يلزمه منه علم حقيقته حسبما تقدم في الحج وعرفه بعض الشيوخ بأنه دفع عوض عن معوض فيدخل الفاسد وخصص المازري وابن يونس تعريف الحقائق الشرعية بصحيحها لأنه المقصود بالذات فقال: نقل الملك بعوض لاعتقادهما أن الفاسد لا ينقل الملك بل شبهة الملك وانتقدهما ابن عبد السلام بأن ذكر لفظي العوض فيهما يوجب خللا لأنه لا يعرف إلا بعد معرفة البيع أو ما هو ملزوم له ورد بعض شيوخنا الأول لأنه لا يتناول إلا بيع المعاوضة ورد الثاني بأنه لا يتناول شيئًا من البيع لأن نقل الملك لازم للبيع الأعم منه.

وكونه بعوض يخصصه بالبيع عن ملك الهبة والصدقة ولا يصيره نفس المبيع ويدخل فيه النكاح والإجارة قال: وحقيقته عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ومكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير المعين فيه، واعلم أن البيع ينقسم على أربعة أقسام: بيع مساومة وبيع مزايدة وبيع استرسال واستيهاب وبيع مرابحة.

فالأولان جائزان بلا خلاف وكذلك يجوز بيع المرابحة بالإطلاق ومال المازري إلى منعه أن افتقر إلى فكرة حسابية وكذلك بيع الاسترسال في الأكثر وسمع عيسى عن ابن القاسم من قال لبائع بعني كما تبيع من الناس فإنه لا يصلح ويفسخ إن كان قائمًا ويرد مثله إن كان مثليا وإلا رد قيمته، وهل لا يكون الاسترسال إلا في المشتري أو فيه وفي البائع قولان لابن القاسم وابن حبيب وغيره وهو الصحيح قاله ابن رشد في أول المرابحة وآخره.

(وأحل الله البيع وحرم الربا)[1]

لا خلاف أن البيع من حيث الجملة جائز قال ابن عبد السلام وهو معلوم من الدين ضرورة فالاستدلال على ذلك من الكتاب والسنة المذكورة في الكتب والمجالس

---

(١) قال سيدنا الشيخ زروق نفع الله به: أتى بهذه الآية للدلالة على حلية البيع وهو محل إجماع فلا يحتاج إلى دليل نعم قال عبد الوهاب الأصل في البيوع الحلية حتى يدل دليل على خلافه وإنما يحل البيع إذا تمت شروطه في أركانه وأركانه أربعة:

أولها: الصيغة المعقود بها وهي ما يدل على الرضا الباطن من قول منهما كبعني وبعتك وفعل منهما كأن يعطيه الثمن فيعطيه المثمون وهي المعاطاة وبالقول من أحدهما وهو الاستيجاب والفعل من الآخر وهو القبول واحترز بالرضا الباطن من بيع المضغوط فإن رضاه ظاهرًا فقط والله أعلم.

الثاني: المعقود فيه وهو الزمان وشرطه أن يكون خليا عن النهي بالمطابقة كوقت نداء الجمعة أو بالعموم كوقت صلاة ضاق وقتها إلا أنه في الأول يفسخ على المشهور وفي الثاني لا يفسخ وانظر المقدمات.

الثالث: المعقود عليه وهو الثمن والمثمون وشرطه أن يكون طاهرًا منتفعا به مقدورا على تسليمه غير مخصوص بنهي في بيعه أو ملكه معلوم القدر والصفة.

الرابع: عاقداه وهما البائعان وشرطهما التمييز لا لسكر فتردد ولا يلزم منهما إلا بالغ رشيد بخلاف غيره فإنه يوقف على إجازة وليه والربا قيل كل بيع فاسد وقيل ما فيه زيادة على أمر الله في ثمن أو أجل وفيهما كربا الجاهلية في الديون.

على سبيل التبرك يذكر الآي والأحاديث مع تمرين الطلبة على الاستدلال واختلف السلف في معنى قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] فقيل: المراد به ما كانت الجاهلية عليه من فسخ الدين في الدين يقول المطلوب أخرني وأزيدك فقالوا سواء علينا إن زادنا في أول البيع أو عند محل الأجل فكذبهم الله وإلى هذا ذهب مجاهد وغيره فالألف واللام لتعريف العهد، وقيل المراد به كل بيع محرم بالإطلاق وإليه ذهب عمر بن الخطاب وعائشة ﵄ ولا خلاف أن من استحل الربا كافر لأن من أحل ما حرم الله تعالى فهو كافر، ودليله قوله تعالى ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُ﴾ [المائدة: ٣٥] وقوله ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ويريد مستحلا وأما غير المستحل ففاسق يؤدب خاصة وكذلك من قال إن المسكر حلال فهو كافر أيضًا وبالجملة كل من أحل ما حرم الله فهو كافر.

(وكان ربا الجاهلية في الديون إما أن يقضيه وإما أن يربي له فيه):

كأنه رحمه الله قصد بهذا الكلام تبيين ما سبق من قوله وحرم الربا وأما إذا أخر الطالب المطلوب بحميل أو رهن بعد الأجل فإنه جائز لكنه كابتداء سلف على حميل أو رهن فإن لم يحل الأجل وأخره إلى أبعد من أجله فلا يجوز لأنه سلف جر نفعا وإما إلى الأجل دونه فذلك جائز نص على جميع ذلك في المدونة في كتاب الحمالة، وأما من أسلم له ربا فإن كان قبضه طاب له وكذلك إن قبض بعضه طاب له ما قبض فإن لم يقبض فلا يحل له أن يأخذه وهو موضع عن الذي هو عليه وزعم بعض الشيوخ الاتفاق عليه، فإن قلت يلزم من قال أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة أن يقول برد ما أخذ لصاحبه، قلت لنص التنزيل بإباحته قال تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وقال ﷺ «من أسلم على شيء فهو له حلال».

(ومن الربا في غير النسيئة بيع الفضة بالفضة يدا بيد متفاضلا وكذلك الذهب بالذهب ولا تجوز الفضة بفضة ولا ذهب بذهب إلا مثلاً بمثل يدا بيد والفضة بالذهب ربا إلا يدا بيد[1]):

(١) أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من =

الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت إلا ما حكي عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال " سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى " فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان.

وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ " الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء " فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضًا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه وإباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة " وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدا بيد والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد " وهذا كله متفق عليه بين الفقهاء إلا البر بالشعير.

واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر: إنما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يمتنع الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضًا: إن النساء ممتنع في هذه الستة أيضًا فقط اتفقت الأصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه: أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الأصناف إلا ما حكي عن ابن علية أنه قال: إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ما عدا الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص، وأما الجمهور من فقهاء الأمصار فإنهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أريد به العام.

واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الأصناف: أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذي استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أما في الأربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر وقال بعض أصحابه: الربا في الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضًا مع كونهما رءوسًا للأثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لأنها غير موجودة عندهم في غير الذهب والفضة.

وأما علة منع النساء عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة: أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء.

أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل إن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد.

وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا إن الطعم بإطلاق علة لمنع النساء في المطعومات.

وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الأربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد. وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك.

وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي مالكًا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعني أن كونهما رءوسًا للأثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة إذا اختلف الصنف فإذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدرا يتأتى فيه الكيل وسيأتي أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف وأما هاهنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الأشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم فنقول: إن الذين قصروا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين: إما قوم نفوا القياس في الشرع: أعني استنباط العلل من الألفاظ وهم الظاهرية وإما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت هاهنا بالمنطوق به فإنما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة إلا ما حكي عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال: علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال يريد منع العين.

وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفا وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى إذ لم يتأت له قياس علة فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة لأنه زعم أنه في معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء: أعني من القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة.

وأما الشافعية فإنهم قالوا في تثبيت علتهم الشبهية: إن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾ [المائدة: ٣٨] فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة.

قالوا: وإذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال: كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " الطعام بالطعام مثلاً بمثل " فمن البين أن الطعم هو الذي علق به الحكم.

وأما المالكية فإنها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود هو الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الأربعة أصناف المذكورة فلما ذكر منها عددا علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار.

أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام وأيضًا فإنهم قالوا: لما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضًا وأن تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الأقوات.

وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون أنه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث أبي سعيد وغيره " إلا كيلا بكيل يدا بيد " رأوا أن التقدير أعني الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوي على اعتبار الكيل أو الوزن.

منها أنهم رووا في بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك ما يكال ويوزن وفي بعضها: وكذلك المكيال والميزان هذا نص لو صحت الأحاديث ولكن إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر والله أعلم أن علتهم أولى العلل وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها: أعني تقديرها ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات: أعني غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء لآخر إلى جنسه مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسًا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلاً الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب فإذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجبة في المعاملة العدالة أعني أن يكون عديل فرس عشرة أثواب في المثل.

وأما الأشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل في هذا إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن إذ كانت لا تتفاوت في المنافع وأيضًا فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة فإذا منع التفاضل في هذه الأشياء أعني المكيلة والموزونة علتان: إحداهما وجود العدل فيها والثاني منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف.

وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية.

روى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في أقوات الناس فإنه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتًا.

وقد روي عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الأجناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقًا. انظر بداية المجتهد لابن رشد (١/ ٨٧٣). أعني المالية وهو مذهب ابن الماجشون.

ما ذكر الشيخ من أن الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز فيه التفاضل هو كذلك وهو مخصوص عندنا بالمبادلة فإنه يجوز أن يبادل الثلاثة دنانير أو أقل بأوزن منها اتفاقًا ولا يجوز السبعة بأكثر اتفاقًا واختلف فيما بينهما على قولين، واختلف هل ذلك سدس في الدينار أو دانقان على قولين حكاهما ابن شاس.

قال ابن عبد السلام: والأول ظاهر المدونة ورده بعض شيوخنا بأنه لم يذكره تحديدا بل فرضًا ونصها: ولو أبدل ستة دنانير تنقص سدسًا سدسًا فلا بأس به، قلت: وسمعت غير واحد من شيوخي يقول إن الجزء من الدينار كالدينار، واختلف في الفلوس هل حكمها حكم العين في ربا الفضل والنسا وذلك جائز أو مكروه على ثلاثة أقوال، وأخذ التحريم والكراهة من قول المدونة وليست بحرام بين ولذاكره التأخير فيها، ومنهم من تأول الكراهة فيها على التحريم فردها إلى قول واحد وبه أقول ومثله منعه في السلم الثالث من المدونة بيعها جزافا كالعين، ويعارض ذلك قول زكاتها ألا تزكي إلا في الإدارة كالعروض وقولها في سلمها الثاني إذا باع بها وكيل ضمن لأنها كالعروض إلا سلعة يسيرة إلى غير ذلك من النظائر.

واختلف إذا اشترى ببعض درهم ودفع درهما ورد عليه باقيه على ستة أقوال: فقيل إنه جائز وإن كان أكثر من النصف وهذا نقله التونسي مع صاحب الأمر المهم قاصرا ما زاد على النصف على ثلاثة أرباعه مضعفا له قال بعض من لقيناه ومثل هذا حكي في أحكام الشعبي عن أبي زيد قال: كان أبو بكر بن اللباد يبعثي بالدرهم أشتري بجزئه بقلا وأرد عليه بقيته خراريب وقيل يمنع ذلك مطلقًا.

قاله سحنون وصوبه ابن عبد السلام قائلاً: لم يثبت أن الشرع اعتبر هذه الضرورة وإن ثبت اعتبارها في غير هذا الباب فلا تتحقق المساواة بين هذا الباب وبين ذلك الموضع، قلت: وأخذ من المدونة قال فيها أصل قول مالك لا تجوز فضة بفضة مع أحدهما أو مع كل منهما سلعة ولو كانت الفضة يسيرة وقيل: يمنع ما زاد على الثلث وقيل: ما زاد على النصف وهو المشهور وقال مالك في الموازية: كنا نكرهه فحمله بعض شيوخنا على ظاهره والأقرب رده إلى التحريم وقيل: إن كان في البلد خراريب فلا يجوز أن يرد نصفه ويأخذ نصفه طعام إذ لا ضرورة وهذا ذكره ابن يونس على طريق التقييد، وظاهر كلام غير خلافه وإليه ذهب بعض من لقيناه.

(والطعام من الحبوب القطنية وشبهها مما يدخر من قوت أو إدام لا يجوز الجنس منه

بجنسه إلا مثلاً بمثل يدا بيد ولا يجوز فيه تأخير):

قال ابن الحاجب: المطعومات ما يعد طعامًا لا دواء قال ابن عبد السلام يريد به كل ما يتخذ للأكل أو الشرب مما ليس بدواء واعترضه بعض شيوخنا بأنه إذا أراد الأكل والشرب فقد خرج الملح لاتخاذه لغير ذلك كتمليح الجلد للدبغ وإلا دخل الزعفران قال والأولى تفسيره بما غلب اتخاذه لأكل آدمي لإصلاحه أو شربه فيدخل الفلفل واللبن، ويخرج الزعفران لعدم غلبة اتخاذه لإصلاحه والماء كذلك.

واختلف المذهب في علة ربا بالفضل على ستة أقوال: فقيل الاقتيات قاله إسماعيل القاضي، وقيل الاتخاذ للأكل غالبًا قاله ابن نافع ومثله في الموطأ، وقيل الاقتيات والادخار وهو قول مالك في غير الموطأ وهذه الثلاثة حكاها وقيل الادخار مع التفكه والقوت وإصلاحه ذكره ابن بشير، وقيل العلة في البر الاقتيات وفي التمر التفكه الصالح للقوت. وفي الملح كونه مؤتدما وهذا نقله اللخمي عن الأبهري عن بعض أصحابنا وقيل: العلة المالية فكل ما هو عنده من جنس واحد لا يحل التفاضل بينهما فلا يباع ثوب بثوبين قاله ابن الماجشون قال ابن بشير وهو يوجب الربا في الدور والأرضين ولا يمكن قوله قلت: وبيان الصحيح من هذه الأقوال له موضع غير هذا ولا حد للادخار على ظاهر المذهب وإنما يرجع فيه إلى العرف، وحكى التادلي أنه سمع في بعض المجالس أن حده ستة أشهر فأكثر، وقد تقدم أن الزعفران ليس بطعام فمن منع سلف طعام في زعفران إلى أجل فيستتاب ثلاثًا، فإن لم يتب ضربت عنقه لمخالفته الإجماع لأن الإجماع دل على أنه ليس بطعام نقله عبد الحق في تهذيب الطالب عن ابن سحنون قال ابن عبد السلام وليس بصحيح للخلاف خارج المذهب في كونه محكوما عليه بحكم الطعام لأجل أنه مصلح للطعام سلمنا الإجماع لكن من شرط الذي يستتاب منه مخالفة أن يكون منقولاً بالتواتر وهو غير حاصل هنا.

قلت: ويرد على خلاف في ذلك ثلاثة أقوال تخالفها إن كان نحو العبادات الخمس قال بعض شيوخنا على أن هذا الإجماع لم أجده في كتب الإجماع بحال ومن أوعبها كتاب الحافظ أبي الحسن بن القطان ووقفت على نسخة بخطه فلم أجده.

(ولا يجوز طعام بطعام إلى أجل كان من جنسه أو من خلافه كان مما يدخر أو لا يدخر إلى قوله يدا بيد):

اختلف في التوابل فنص في المدونة في السلم الثالث وكتاب أكرية الدور على أن

الفلفل طعام وقال أصبغ في التوابل أدوية كذا نقله ابن الحاجب متبعًا لابن شاس فإنه ذكر التوابل ولم يعزها واعترضه بعض الشيوخ بأنه إنما خالف ابن المواز في أربعة خاصة وهي الأنيسون والشمار والكمونان، قال وأما التوابل التي هي من مصلحة الطعام فالفلفل والكراوية والكزبرة والقرفة والسنبل وأجابه خليل بنقل المازري، واختلف في التوابل كالكمون والفلفل والكراوية هل هي من الربويات أم لا وإذا فرغنا على مذهب المدونة، فالمشهور أنها أجناس مطلقًا وهو اختيار الباجي.

وقال ابن القاسم: الأنيسون والشمار والكمونان جنس وضعفه الباجي واختلف في الحلبة على ثلاثة أقوال: فقيل: إنها دواء قاله ابن الحاجب وصوبه ابن عبد السلام لأن غالب استعمالها في الأدوية وقيل: إنها طعام قاله ابن القاسم، وقيل: الخضراء طعام واليابسة دواء قاله أصبغ ومنهم من يجعله تفسير اللأولين.

(ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد فيما يدخر من الفواكه اليابسة وسائر الأداء والطعام والشراب إلا الماء وحده):

ما ذكر أن الماء يجوز فيه التفاضل هو نص كتاب السلم الثالث من المدونة قال فيها لا يجوز بيع الماء قبل قبضه ويجوز متفاضلا يدا بيد، وظاهر كلام الشيخ وإن كان الماء عذبًا وهو كذلك في منصوص المذهب وخرج عبد الوهاب أنه لا يجوز من رواية ابن نافع أنه يمنع بيعه بطعام إلى أجل أنه لا يجوز فيه التفاضل ورده المازري بأن ربا النساء أعم من ربا التفاضل، ولا يلزم من وجود ربا النساء التفاضل، ألا ترى أن الخس والهندبا يمنع بيع بعضهما ببعض إلى أجل ولا يمنع التفاضل فيهما وفرع المازري فيها على التخريج إذا بيعت دار بدار ولكل منهما ماء عذب فإنه لا يجوز على رأي ألا تباع ويجوز على رأي لغوها قلت: وألزم بعض شيوخنا على رواية ابن نافع أن لا تغسل به نجاسة.

(وما اختلفت أجناسه من ذلك ومن سائر الحبوب والثمار والطعام فلا بأس بالتفاضل فيه يدا بيد ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منه إلا في الخضر والفواكه):

اختلف المذهب في الأخباز إذا كان أصلها مختلفا هل يجوز فيها التفاضل أم لا كما إذا كان أحد الخبزين من قمح والآخر من ذرة على ثلاثة أقوال فقال أشهب: إنها كلها صنف واحد وقيل إنها تابعة لما عملت منه قاله البرقي وقيل إن خبز القمح والشعير والسلت، والذرة والدخن والأرز صنف واحد وخبز القطنية صنف واحد قاله

ابن القاسم وأشهب، وهذه الأقوال الثلاثة حكاها ابن زرقون واختلف في الخبز والكعك بأبزار فقال المازري: يجوز بينهما التفاضل وقيل هما صنف واحد قاله بعض المتأخرين ونقله ابن شاس وإن كان الكعك بلا أبزار لم يجز التفاضل فيه قولاً واحدًا.

واختلف في جواز التمر بخله على ثلاثة أقوال: فقيل بالجواز وهو مذهب المدونة وقيل بمنعه وقيل: يجوز في اليسير دون الكثير للمزابنة وهذه الثلاثة حكاها ابن رشد، واختلف في نبيذ التمر ونبيذ العنب فقيل: إن ذلك جنس واحد قاله في المدونة وقيل جنسان قاله في كتاب أبي الفرج والقولان حكاهما الباجي وهذا الفصل الكلام فيه متسع جدًّا ولولا الإطالة لذكرناه.

(والقمح والشعير والسلت كجنس واحد فيما يحل منه ويحرم): (١)

---

(١) (مسألة) ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل فالأشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطئه وروي عنه أنه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك: ليس هو اختلافا من قوله وإنما رواية المنع إذا كان اعتبار المثلية بالكيل لأن الطعام إذا صار دقيقًا اختلف كيله ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن. وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون. ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن. واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة: لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي: لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لأنه قد غيرته الصنعة تغيرا جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة. وأما مالك فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متماثلا وقد قيل فيه أنه يجوز فيه التفاضل والتساوي. وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة. وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا تمكن؟ فقال أبو حنيفة: تنقله وقال مالك والشافعي: لا تنقله. واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن. وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فإن مالكًا يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس: أعني من أن يكون جنسًا واحدًا فيجيز فيها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال، فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه أنه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجي في المنتقى وكذلك أيضًا يعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء شيء من الأجناس التي يقع بها التعامل وتمييزها من التي لا توجب ذلك: أعني في الحيوان =

ما ذكر الشيخ من أن القمح والشعير جنس واحد هو المشهور المعروف من المذهب وقال الشيخ السيوري: إنهما جنسان وحكاه المازري في المعلم قائلاً: ووافقه في ذلك بعض من أخذ عنه يريد عبد الحميد الصائغ وبقول أبي القاسم السيوري قال الشافعي وأبو حنيفة قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح لقوله عليه السلام «**التمر بالتمر والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير والملح بالملح مثلاً بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه**[1]» .

وما ذكر الشيخ من أن السلت حكمه حكم القمح والشعير هو المذهب، وقول السيوري لا يتخرج فيه لأنه أقرب القمح من الشعير قاله بعض شيوخنا، واختلف في العدس هل هو من جنس القمح والشعير أم لا والمعروف عدم الإلحاق وقيل: بالإلحاق وحكاه ابن عبد البر عن ابن كنانة وعزاه اللخمي لرواية ابن حبيب واختلف في الأرز والدخن والذرة والمشهور أنها لا تلحق بما تقدم وعليه ففي جنسيتهما قولان.

(والزبيب كله صنف واحد):

يعني سواء كان أحمر أو أسود وصرح به ابن الجلاب والتين كله جنس واحد قاله الباجي وكذلك العنب.

(والتمر كله صنف واحد):

يعني كان جديدا أو قديما ولذلك أجاز مالك جديد التمر بقديمه ومنعه عبد الحق قال اللخمي وليس بحسن إن اختلف صنفاهما كصيحاني وبرني، قال ابن حبيب وتمر النخل يكون له ست درجات أولها طلع، ثم أغريض ثم بلح ثم بسر ثم زهو، ثم رطب ثم تمر.

(والقطنية أصناف في البيوع واختلف فيها قول مالك ولم يختلف قوله في الزكاة إنها صنف واحد):

=

والعروض والنبات. وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها إلا ما يعطيه بادئ النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الأجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هي أمهات هذا الباب. وانظر بداية المجتهد لابن رشد (١/٨٨٢).

(١) رواه البخاري (٢/٧٦٠)، ومسلم (٣/١٢١١).

القول بأنها أصناف رواه ابن القاسم وبه قال سحنون وأكثر أصحاب مالك كذا قال ابن عبد البر قال ابن رشد، وبه قال سائر أصحاب مالك والقول بأنها صنف رواه ابن وهب وقال ابن القاسم وأشهب عن مالك الحمص والعدس، واللوبيا صنف واحد والجلبان صنف واحد وما عدا ذلك أصناف مختلفة،وروى أشهب عن مالك الحمص والعدس صنف واحد وسائر القطاني، أصناف فتحصل في المسألة أربعة أقوال واختلف في الكرسنة فقيل هي من القطاني قاله مالك وقيل صنف على حدة قاله ابن حبيب وقيل إنها غير طعام وهو ظاهر قول يحيى بن عمر وقاله غيره وقيل لا زكاة فيه قال ابن رشد وهو الأظهر لأنها علف وليست بطعام.

(ولحوم ذوات الأربع من الأنعام والوحش صنف ولحوم الطير كله صنف):

يعني سواء كان صغيرًا أو كبيرًا أو وحشيًّا أو أنسيًّا بريًا أو بحريًّا أو يدخل في ذلك النعام وصرح بذلك ابن الجلاب وخارج المذهب قول إنه كلحوم ذوات الأربع وقال ابن عبد السلام: والقياس أن لحوم الطير تختلف والاختلاف بين لحوم ذوات الأربع أكثر فإن لحوم الإبل لا تقارب لحم الضأن قطعا.

(ولحوم دواب الماء كلها صنف):

قال ابن الجلاب: الجراد صنف وذكر ابن الحاجب مثله قال ابن عبد السلام يعني على القول بأنه ربوي واضطرب المذهب في ذلك، قلت ظاهره أنه اضطرب هل هو صنف واحد أو أصناف على القول بأنه ربوى ولم أقف عليه فتأمله ويمكن أن يتخرج على القول بأنه لا يفتقر إلى نية ذكاة لأنه نثرة حوت أن يكون من دواب الماء لا صنفا منفردا بذاته.

(وما تولد من لحوم الجنس الواحد من شحم فهو كلحمه):

لا يريد الشيخ بالشحم خصوصه بل وكذلك غيره قال في المدونة: وما أضيف اللحم من شحم، وكبد، وكرش، وقلب، ورئة، وطحال، وكلى، وحلقوم، وكراع، وخصاء ورأس وشبهه حكمه حكم اللحم، قلت: ويقوم من قولها جوازا أكل خصا الخصي وذكر أنه منصوص عليه كذلك في النوادر، ويقوم منها أيضًا أن المشيمة تؤكل وهو أحد الأقوال الثلاثة وقيل: لا تؤكل وقيل: إن أكل الولد أكلت وإلا فلا، وقد ذكرنا عزو ذلك في الذبائح، وفي المدونة لا بأس باللحم الطري بالمطبوخ إذا غيرته الصنعة وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز مثلاً بمثل بحال وإن طبخ بأبزار أو خل، ومرق

نقله عنه ابن زرقون، واختلف في الخبز هل هو ناقل أم لا، فالمشهور أنه ناقل.

وفي المبسوط عن ابن نافع لا يجوز بيع القمح والدقيق بالخبز وعلى المشهور أن الصنعة معتبرة فإن كانت يسيرة كتجفيف اللحم دون أبزار فكالعدم وإن كانت بأبزار فمعتبرة وأما طبخه بالماء والملح فقال ابن حبيب لا أثر له وأما إذا أضيف إليها بصل أو كراث أو ثوم فكان بعض شيوخنا يراه معتبرا وسمعت بعض من لقيناه يعزوه لأبي عمران الفاسي قائلاً خلافًا للخمي، واختلف المذهب في اللحوم إذا طبخت طبخا مختلفا، والمشهور أنه لا يخرجها عن أصلها، واختار اللخمي وابن عبد السلام أن ذلك يخرجها.

(وألبان ذلك الصنف وجبنه وسمنه صنف):

يعني سواء كان مضروبًا أم لا وخرج اللخمي في اللبن الذي أخرج زبده قولاً بأنه ليس بربوي من قول المدونة ويجوز سمن بلبن قد أخرج زبده قائلاً: ولو كان ربويا لكان من الرطب باليابس ورده ابن بشير بأن السمن نقلته الصنعة والنار قال ابن الحاجب: ووهما فإما بلبن فيه زبد فلا قال ابن عبد السلام، يعني وهم اللخمي في تخريجه وابن بشير في الرد عليه لأن في المدونة متصلاً بالمسألة فأما بلبن فيه زبد فلا يجوز كبيع لبن فيه زبد بالسمن ولو كانت الصنعة والنار ناقلتين في هذا الموضع لجاز بيع الزبد باللبن قال وهذا الذي رد به على ابن بشير في غاية الظهور فإنه اقتصر على الوصف الذي فرق به وأما توجيهه على اللخمي فقلق لأنه إنما يتوجه عليه أن لو كان تخريج اللخمي اللبن في كل لبن مضروب، وأما إذا كان تخريجه في المضروب وحده فإنه لا يتناوله أصلاً، وقال: قيل كان تخريج اللخمي مما يرد بأول وهلة لأنه إذا ثبت أنه ربوي قبل إخراج زبده لكونه مقتاتا وكونه قام دوام وجوده مقام ادخاره فلا يزيل عنه ذلك إلا زوال ذلك الوصف.

وأطال رحمه الله الكلام في هذه المسألة وناقشه بعض شيوخنا في ذلك وهي مسألة صعبة قل من يفهم كلام ابن عبد السلام فيها مع ما أورد عليه ولم أستطع فهمه قال في كتاب محمد: الجبن والسمن والزبد لا يجوز باللبن واختلف في اللبن المضروب فأجيز وكره واختلف في بيع الحليب بالحليب متماثلا ومذهب المدونة جوازه وروى أبو الفرج عن مالك منعه لما فيهما من الزبد المجهول قال الفاكهاني: ظاهر قول الشيخ وألبان ذلك الصنف إلى آخره يقتضي جواز بيع بعضه ببعض متماثلا لأن ذلك شأن الصنف الواحد قال ولم يجز ذلك مالك ولا أحد من أصحابه فلا يجوز لبن بجبن ولا

بسمن فانظر هذا فإنه عندي من مشكلات الرسالة.

(ومن ابتاع طعامًا فلا يجوز بيعه قبل أن يستوفيه إذا كان شراؤه ذلك على وزن أو كيل أو عدد بخلاف الجزاف وكذلك كل طعام أو إدام أو شراب إلا الماء وحده وما يكون من الأدوية والزراريع التي لا يعتصر منها زيت فلا يدخل ذلك فيما يحرم من بيع الطعام قبل قبضه أو التفاضل في الجنس الواحد منه):

ظاهر كلام الشيخ سواء كان الطعام ربويا أم لا وهو كذلك في مشهور المذهب وروى أبو الفرج أنه جائز في الطعام إذا كان غير ربوي وأبعد لأن عموم أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه يتناول غير الربوي كتناولها الربوي، وقيل إن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا، وإن كان غير مطعوم ولا يجوز بيعه قبل قبضه قاله ابن حبيب وعبد العزيز بن مسلمة ويحيى بن سعيد وربيعة.

قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح لنهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن وحمل أهل المذهب هذا النهي المذكور على الطعام وحده وذلك دعوى لا دليل عليها وقيل: لو سلم بيع الطعام من أهل العينة وبيع بنقد فإنه يجوز بيعه قبل قبضه قاله أبو الفرج، وما ذكر الشيخ من أن بيع الطعام إذا كان جزافا يجوز هو مشهور المذهب وقيل: لا يجوز حتى ينقله، رواه أبو بكر الوقار، وروى ابن نافع أنه يكره بيعه قبل نقله، وحكى عبد الوهاب عن مالك أنه استحب أن لا يباع مطلقًا حتى ينقل فيتحصل في ذلك أربعة أقوال إذا بنينا على أن نقيض المستحب ليس بمكروه وعلى المشهور فاختلف إذا كان ضمان الجزاف من البائع مثل أن يشتري لبن غنم بأعيانها فهل يجوز بيعه قبل قبضه؟ نظرا إلى كونه جزافا وهو قول أشهب أولا نظرا إلى كونه في ضمان البائع، وهو قول ابن القاسم في ذلك قولان.

ووقع لمالك في العتبية فيمن اشترى نصف ثمرة بعدما بدا صلاحها قال: ليس له بيعها حتى يستوفيها قال ابن القاسم ثم سألناه عنه فقال ذلك جائز قلت، ويقوم من كلام الشيخ أن من اشترى بدينار قمحا فاكتال نصفه ثم سأله أن يعطيه بالنصف الثاني زيتا أنه لا يجوز وهو كذلك في سماع ابن القاسم قال لا خير فيه لأنه بيع الطعام قبل قبضه وطعام النكاح كالبيع باتفاق وما يأخذه المستحقون من بيت المال من طعام ففي جواز بيعه قبل قبضه قولان حكاهما ابن بشير ولم يحك ابن رشد في أرزاق القضاة وشبههم خلافًا فإنه لا يجوز وطعام الخلع لا يجوز كغيره قاله في السلم الثالث من

المدونة قال بعض شيوخنا: وأظن أن في المذهب قولاً بجواز بيعه قبل قبضه قلت: وذكر أبو عمران الصنهاجي ولا أعرفه لغيره ويتخرج في النكاح من باب أحرى ولو ثبت الطعام في الذمة عن تعد أو غصب ففي جواز بيعه قولان وأخذ الجواز من المدونة من كتاب الصرف ولو باع أشجارا أو استثنى ثمرتها فهل يمنع من بيع ما استثناه قبل قبضه أم لا قولان لمالك واختار ابن عبد الحكم والأبهري الجواز وسبب الخلاف هل المستثنى مبقى أو مشترى قال الفاكهاني عن الغريب الشراء يمد ويقصر والجزاف بكسر الجيم وفتحها وضمها.

(ولا بأس ببيع الطعام القرض قبل أن يستوفيه):

يعني أن من أقرض طعامًا فإنه يجوز له أن يبيعه قبل قبضه ودليل ذلك قوله ﷺ **«من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه[1]»** قالوا خصوصية البيع تدل على أن القرض بخلافه وفي المدونة من أقرض طعامًا له من سلم قبل قبضه فقبضه المقرض له لم يعجبني أن يبيعه منه قبل قبضه لأنه بيع له قبل قبضه قاله ابن يونس ولا يجوز من غيره كهو وقيل: أما اليسير من الكثير فلا بأس به وكأنه وكيل على قبضه قال مالك في كتاب ابن المواز ومن أحيل بطعام قرض له على طعام مسلم فقال ابن القاسم: لا يجوز بيعه إياه قبل قبضه وخرج اللخمي قولاً فيه بالجواز من رواية ابن حبيب قال: واختلف فيمن وهب له طعام سلم أو تصدق به عليه فروى ابن حبيب أنه لا يجوز له بيعه قبل قبضه وقيل لا يجوز رواه غيره قلت: وإلى الثاني ذهب المغيرة وابن القاسم.

(ولا بأس بالشركة والتولية والإقالة في الطعام المكيل قبل قبضه):

أما الشركة فقال في المدونة: أجمع أهل العلم على جوازها وروى أبو الفرج منعها حكاه غير واحد كابن زرقون وعلى الأول لو كان الثمن مؤجلا ففي المدونة جوازها وقيل لا يجوز قاله ابن القاسم وأشهب وأما التولية فإنها جائزة عندنا ومنعها أبو حنيفة والشافعي ووافقونا على جواز الإقالة وهما محجوجان بما ذكر عبد الرزاق عن جريج قال أخبرني ربيعة بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ حديثا مستفيضًا بالمدينة قال: **«من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه»** إلا أن يشترط فيه أو يوليه أو يقيله.

واستدل العلماء على جواز الإقالة أيضًا بما خرج أبو داود عن أبي هريرة قال:

---

(١) رواه البخاري (٧٤٨/٢)، ومسلم (١١٥٩/٣).

قال رسول الله ﷺ «**من أقال مسلمًا أقال الله عثرته**[1]» وفي المدونة: إن ابتعت سلعة فلم تقبضها حتى أشركت فيها رجلاً فهلكت قبل قبضه إياها وابتعت طعامًا فلم تكتله حتى أشركت فيه رجلاً فهلك قبل قبضه إياه أو لم تقاسمه حتى هلك الطعام فضمانه منكما وترجع عليه بنصف الثمن قال عياض: وأنكرها سحنون، وحكى فضل في التولية إنها من المولى حتى يكتاله وكذلك ينبغي في الشركة وعليه حمل إنكار سحنون.

قال أبو عمران: ولا يعرف هذا إلا من قول فضل وقول ابن القاسم إنه من المولى بنفس العقد كالجزاف وقد سوى في الكتاب بعد هذا بين الشركة والتولية في وجود النقص قال على المولى نقصه وله زيادته إذا كان من نقص الكيل وزيادته وليس ذاك للذي ولى وإن كان كثيرًا وضع عليه بحسابه ولم يكن عليه ضمان فيما نقص والشركة مثله، قال أبو محمد زهده يدل على أن ليس على المشرك أجر الكيل وكذلك ينبغي في الإقالة إذ هما معروفان كالشركة، وكذا ينبغي في القرض والهبة وإن وجدوا زيادة أو نقصانا فلهم وعليهم بخلاف البيع ذلك للبائع قال.

واختلف فيمن وهب أقساطًا من دهن جلجلان أنه على من عصر فينبغي أن يجري على الخلاف الذي ذكرناه أيضًا ولم يجعل الطعام في الشركة إن لم يكن قبض ثمنه كالمحبوسة في الثمن لما كان أصل الشركة معروفا وتأول بعض المذاكرين مسألة الكتاب على أن الهلاك ببينة ولو كان بدعوى لخرجت على الخلاف في المحبوسة في الثمن والصواب ما ذكرناه قال في المدونة: ومن قال لرجلين اشتريا عبدًا أشركاني فيه فأشركاه كان بينهم أثلاثًا قال ابن محرز: قالوا هذا على أنه لقيهما معًا، ولو لقيهما منفردين لكان له نصفه قال ابن يونس: اختلف في هذا على ثلاثة أقوال أحدها قول المدونة بالإطلاق، والثاني لغيرها أنه يكون له نصفه والثالث لبعض أصحابنا القرويين الفرق أن يلقاهما معًا أو مفترقين فإن لقيهما معًا فله ثلثه أو مفترقين فله نصفه.

(**وكل عقد بيع أو إجارة أو كراء بخطر أو غرر في ثمن أو مثمون أو أجل فلا يجوز**):

وفي الموطأ من مراسيل ابن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وقال المازري: الغرر ما تردد فيه بين السلامة والعطب قلت واعترضه بعض شيوخنا بأنه غير

---

(١) رواه أبو داود (٣/٢٧٤)، وابن ماجه (٢/٧٤١).

جامع لخروج غرر فاسد كصور بيع الجزاف وبيعتين في بيعة ونحوهما إذ لا عطب فيهما قال، وقول ابن الحاجب وهو ذو الجهل والخطر وتعذر التسليم يتعقب من ثلاثة أوجه أحدها جهل صفة المبيع فهو تعريف مباين الثاني أن الخطر مساو في المعرفة للغرر أو أخفى منه الثالث إن تعذر التسليم إنما ذكره الأصوليون من حكمة التعليل بالغرر قال والأقرب أن الغرر ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصود منه غالبا.

قال الباجي: ويسير الغرر عفو إذ لا يكاد يفارق وزاد المازري كون متعلق اليسير غير يسير ومقصود لضرورة ارتكابه وقدره في جواز بيع الأفنية وجواز الكراء بالشهر مع احتمال نقصه وتمامه وجواز دخول الحمام مع اختلاف قدر ما يكفي الناس ولبثهم فيه والشرب من الساقي إجماعا في الجميع وذلك دليل على إلغاء ما هو منه يسير غير مقصود دعت الضرورة إليه قال ابن عبد السلام وزيادة القيد الأخير فيه إشكال من وجهين:

الأول: أنه إذا كان يسيرا في نفسه غير مقصود إليه من المتبايعين ولا من أحدهما فلا معنى للمنع منه لأن المنع من بيع الغرر إنما هو لما يؤدي إليه من المخاصمة والمنازعة.

والثاني: أنهم قالوا والمازري فيهم العيان يشهد له أن أكثر البياعات لا تخلو عن يسير الغرر فلو اشترطنا مع ذلك في إجازة البيع احتياج المتبايعين إلى ارتكاب ذلك الغرر ومعلوم أن الذي يباح عند الحاجة، ويمنع منه عند عدمها هو رخصة فيلزم عليه أن تكون أكثر البياعات رخصة وهو باطل قطعا وخرج مسلم بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة والملامسة عندنا أن يلمس الثوب، فيجب البيع من غير تبيين والمنابذة أن يتنابذا ثوبين فيجب البيع.

وخرج مسلم أيضًا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحصاة.

قال المازري: واختلف في تأويله وأحسن ما قيل فيه تأويلات منها أن يبيع من أرضه قدر رمي الحصاة ولا شك في جهله لاختلاف قوة الرامي، وقيل: معناه أي ثوب وقعت عليه الحصاة فهو المبيع وهو مجهول أيضًا كالأول وقيل: معناه إذا أعجبه الثوب تركه على حصاة وقيل معناه أرمي بالحصاة فما خرج كان لي بعدده دنانير أو دراهم وهذا مجهول أيضًا وهذا إذا كان بمعنى الخيار وجعل ترك الحصاة علما على الاختيار لم

يمنع إلا أن تكون عادتهم في الجاهلية أن يضعوا أمورا تفسر مثل أن يكون متى ترك الحصاة ولو بعد عام وجب البيع وقيل كان الرجل يسوم الثوب وبيده حصاة ويقول إذا سقطت من يدي وجب البيع.

وهذا إذا كان معناه إذا سقطت باختياره فهو بيع خيار إذا وقع مؤجلا فلا يمنع إلا أن يكون ثمنه مجهولا، وقد يكون هذا هو معنى القولين الأخيرين قال ابن رشد: وشراء الغاصب ما غصبه وهو بيده إن علم منعه ربه إن لم يبعه فسد البيع وإن علم رده إليه إن لم يبعه جاز اتفاقًا فيهما وإلا فقولان وأما بيعه ربه من غير الغاصب وهو بيد الغاصب فإن كان الغاصب لا يأخذه حكم فسد إجماعا وإن كان يأخذه الحكم فإن كان حاضرا مقرا بالغصب جاز البيع وإن أنكر فقولان لأنه شراء ما فيه خصومة وهما قائمان من المدونة وإن كان الغاصب غائبًا عن مجلس الشراء فإن كان على غصبه بينة جاز وإلا فلا وقيل إنما الخلاف إذا كان ببينة وإلا فالمنع اتفاقًا.

(ولا يجوز بين الغرر ولا بيع شيء مجهول ولا إلى أجل مجهول):

قال الفاكهاني: لا أدري لم كرر الشيخ هذه المسألة وهي بعض ما قبلها لأن الغرر الذي ذكره ثانيًا هو ما في الثمن أو المثمون وقد تقدم استيفاء الكلام عليه، وقوله ولا بيع شيء مجهول هو الغرر في المثمون المتقدم أيضًا وكذلك الأجل المجهول فتأمله.

(ولا يجوز في البيوع التدليس ولا الغش ولا الخلابة ولا الخديعة): [1]

---

(١) قال الشيخ زروق: (التدليس) إخفاء العيب وإظهار الحسن كتسويد شعر الأمة الكبيرة وجعل طيب السلع من فوقها لتباع على ذلك (والغش): إدخال ما ليس منها عليها كخلط اللبن بالماء والحناء بالسدر والنيلج بالرمل ونحو ذلك (والخديعة) أن يريه النصح من نفسه ويريد تحصيله في غيره كزيادة الثمن أو نقص السلعة ونحوه (والخلابة) الخيانة بأن يريه شيئًا ويعطيه دونه أو يظهر له التغفل ويعامله بالحيلة فيكتب على السلعة اثنا عشر ليرى أنه اشتراها بها ويطلب فيها عشرة ويبيعها بثمانية وهي عليه بدون ذلك أو يجعل دراهم في طرف كساء ونحوه ليزيد في ثمنه بعض الطماعين لأجل ذلك. وقيل: هي الخديعة وكتمان العيوب بالفعل كسترها وبالقول كمدحها وبالسكوت عما أطلع عليه فيها والكل ممنوع و(خلط دنيء بجيد) كالسمين من اللحم بالهزيل قال ابن القاسم لا يحل ولو بينه وقال مالك من خلط بدونه عوقب والذي كرهه المبتاع ثوب الميت بالوباء والمجذوم والمقمل والجديد النجس قال الغبريني ومنه دراهم الكيمياء لأنها لا تقف لشديد الاختبار في الغالب ولا يحصل منها على حقيقة ونص (ع) على تجريح المشتغل بمطلق علم الكيمياء، وأفتى الشيخ أبو الحسن المنتصر بمنع إمامة المشتغل بها وقد عقد ابن الحاج فصلا للكلام على ذلك فانظره فإنه مهم. وقيل: كل ما ذكره =

قيل إنها ألفاظ مترادفة والصحيح أنها متباينة فمثال التدليس أن يعلم بسلعته عيبًا فيكتمه ومثال الغش أن يجعل في اللبن ماء ومثال الخلابة أن يكذب في الثمن أو يرقم على السلعة أكثر مما اشتراها به ومثال الخديعة أن يخدعه بالكلام، قال في المدونة: ومن ابتاع ثيابًا فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به وباعها برقمها ولم يقل قامت علي بكذا فقد شدد مالك فيه الكراهة واتقى فيها وجه الخلابة وأقام منها بعض من لقيناه من القرويين ما يفعله فسقة التجار يبيع الثوب ويربط فيه صرة دراهم ويرى البدوي أن لا علم له بذلك فيطمع البدوي فيها فيدفع أكثر من الثمن المعتاد أو يأخذ التاجر دراهمه ويعلم أن للمشتري فيه مقالا قال ابن أبي زمنين: فإن نزلت مسألة الكتاب خير المبتاع بين أخذها وردها فإن فاتت ففيها القيمة كذا فسره ابن الماجشون وقال ابن أخي هشام، ويلزمه الأقل من الثمن أو القيمة وسواء باعها مرابحة أو مساومة ومن الخديعة أن ينسب السلعة إلى غير جنسها وللمبتاع الرد بذلك قاله ابن حبيب واختلف فيمن باع حجرا بثمن يسير ثم وجده ياقوتة أو زبرجدة تساوي مالا كثيرًا فسمع أشهب وابن نافع أنه لا مقال للبائع، ولو شاء لتثبت وهو المشهور وفي سماع أبي زيد أن له مقالا قال ابن رشد: وهذا الاختلاف إنما هو إذا لم يسم أحدهما الشيء بغير اسمه كقوله: أبيعك هذه الزجاجة فيجدها المشتري ياقوتة فإنه لا يلزم المبيع باتفاق.

قال ابن يونس في كتاب الصيد وأما لو اشترى رجل حوتا فوجد في جوفه جوهرة فقال الأبياني هي له وقال بعض شيوخنا أنها للبائع قلت: وأعرف فيها قولاً ثالثًا بالفرق بين أن تباع وزنا فللمشتري أو جزافا فللبائع ذكره بعض القرويين وأظنه أبا زيد عبد الرحمن بن الدباغ صاحب معالم الإيمان وكان بعض من لقيناه يعزوه لنقل اللخمي عن بعض القرويين وكل هذا إذا لم تكن مملوكة قبل وأما لو ملكت كما لو وجدت مثقوبة فهي لقطة اتفاقًا.

وأما الخرزة البونية فسمعت شيخنا أبا مهدي عيسى الغبريني رحمه الله تعالى ينقل عن ابن الحاج أنها للمشتري باتفاق والخلاف فيما تقدم ليس هو من باب الغبن وإن كان فيه اختلاف واضطراب أيضًا والمشهور أنه لا قيام له وعليه العمل عندنا بإفريقيا وذهب البغداديون إلى القيام به وهو الثلث قاله الأبهري وأصحابه، وقال ابن القصار هو

=

الشيخ داخل في التدليس وقيل بعضها مرادف لبعضها فانظر ذلك.

ما زاد عليه، وقيل ما خرج عن المعتاد وظاهر قول أبي عمر بن عبد البر أن قول الغبريني في بيع الوصي والوكيل، كقدره في بيع من باع ملك نفسه قال بعض شيوخنا وكان بعض من لقيناه ينكر ذلك ويقول غبن بيعهما ما نقص عن القيمة نقصًا بينا، وإن لم يبلغ الثلث وهو صواب لأنه مقتضى الروايات في المدونة وغيرها ولو ابتاع الوكيل بمالا يشبه من الثمن لم يلزمه.

(ولا كتمان العيوب ولا خلط دنيء بجيد):

في مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فنالت أصابعه بللا فقال «**ما هذا يا صاحب الطعام**» فقال أصابته السماء يا رسول الله قال «**أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس من غشنا فليس منا**»، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: يعاقب من غش بسجن أو ضرب أو إخراجه من السوق إن اعتاده، ونقل ابن رشد عن ابن القاسم، أنه لا يشترط اعتياده في إخراجه من السوق بل يخرج مطلقًا قال وعليه يصح رده بعد مدة يرجى فيها أنه قد تاب وإن لم تظهر توبته وعلى الأول لا يرد حتى تظهر توبته.

قال ابن حبيب: ويؤدب بالمال اليسير كلبن غشه بماء يتصدق به مع تأديبه وأما بالمال الكثير فلا نعم لا يرد إليه ويباع ممن لا يغش به قاله أصحاب مالك، قلت وأقيم من العتق بالمثلة الأدب بالمال الكثير ويرد بحرمة الآدمي وسيأتي عزو ذلك عند ذكر الشيخ العتق بالمثلة إن شاء الله تعالى قال ابن رشد لا يتصدق على من لم يعلم بغشه إذا اشتراه أو ورثه،وسمع أشهب وابن نافع أحب إلي أن لا يخلط لبن البقر بلبن الغنم لإخراج زبدهما فإذا وقع الخلط فلا بد من البيان فحمل ابن رشد أحب إلي على الوجوب ومن خلط قمحا بشعير لقوته وفضلت منه فضلة فروى محمد يكره أن يبيعه وإن قل ثمنه.

وقال ابن الماجشون ومطرف وخففه ابن القاسم وقال بعض الشيوخ: إن أمكن تمييز الدنيء من الجيد كسمين اللحم مع هزيله لم يجز بيع كثيره حتى يميز ويجوز بيع قليله والقليل كالخمسة أرطال والكثير كالعشرين رطلا قاله ابن القاسم، وإن لم يمكن تمييزه كالسمن مع العسل، فقيل يجوز بيعه بعد وقيل: يمنع وقيل: إن خلط للأكل جاز، وإن خلط للبيع لم يجز وقيل: مثله إن كان يسيرا، فإن بان الغش فإن المشتري بالخيار ودليله حديث المصراة فهو بخير النظرين وخرج فيه قول بالفسخ من بيع

النجش على قول القرويين وابن الجهم بفسخه، وألحق فيه للآدمي ورده المازري بأن الرد عندهم في مسألة النجش لدلالة النهي على الفساد وشرطها عدم النص بلغو دلالته.

وقوله ﷺ في حديث المصراة؛ فهو بخير النظرين نص في لغو الدلالة قال: ولا يتوهم تخريج الفسخ من أحد القولين فيما إذا اطلع على أنه مغصوب لأن الغصب لو علم به في العقد أفسده بخلاف الغش.

(ولا أن يكتم من أمر سلعته ما إذا ذكره كرهه المبتاع أو كان ذكره أبخس له في الثمن):

يريد كجلد الميتة والثوب المنسوخ من شعر الميتة وكل مسألة فيها خلاف شهير بين أهل العلم كلحم المغلصمة إلى غير ذلك مما يكثر تكرره، ونقل بعض من لقيناه عن بعض المغاربة بأنه أخذ من قول الشيخ ولا أن يكتم من أمر سلعته إلى آخره أن الكيمياء لا تجوز لأن من يدفع له من ذهبها شيء لو أعلمه ما قبله ولا يمكنه أن يبينه لأنه يخاف على نفسه قال شيخنا أبو مهدي: وهب أنه لا يخاف فيدخله الفساد من جهة أرى وهي صيرورتها إلى أصلها وإن بعد أمرها وذكر حكاية المازري المقتضية لذلك ولولا الإطالة لذكرناها.

(ومن ابتاع عبدًا فوجد به عيبًا فله أن يحبسه ولا شيء له أو يرده ويأخذ ثمنه إلا أن يدخله عنده عيب مفسد فله أن يرجع بقيمة العيب القديم من الثمن أو يرده ويرد ما نقصه العيب عنده):

قال القاضي عبد الوهاب: وليس للمبتاع أن يحبسه ويرجع بقيمة العيب لحديث المصراة وما ذكر الشيخ من أنه بالخيار مراده به ما لم يصرح بالرضا أو يسكت من غير عذر وجعل ابن القاسم في المدونة: السكوت رضًا ولم يقيده وقال أشهب: إن كان قريبًا كاليومين فليس سكوته برضا وأكثر من لقيناه حمله على الخلاف وعلى كل حال، فالسكوت يدل على الرضا إما مطلقًا وإما مقيدا بالطول من غير خلاف.

وإن كان بعض الشيوخ يحكي الخلاف في السكوت هل يتنزل منزلة النطق أم لا وما ذكرناه من نفي الخلاف هو اختيار ابن عبد السلام واختلف المذهب إذا تصرف على الدابة بعد اطلاعه على العيب فروي عن مالك أنه يدل على الرضا وبه أخذ ابن القاسم وأصبغ وابن حبيب، وقيل عكسه قاله مالك أيضًا وبه أخذ أشهب وابن عبد الحكم ونقل عن ابن كنانة إذا وجد العيب وهو مسافر فليشهد على عدم الرضا ويردها

ولا يركبها في ردها إلا أن يكون بين قريتين فليبلغ عليها القرية.

وقال ابن نافع: لا يركبها إلا أن لا يجد بدا قلت: فيتحصل في المسألة أربعة أقوال، واختلف المذهب في العيب الظاهر إذ زعم المشتري أنه لم يعلم به هل له مقال أم لا فقال ابن حبيب لا مقال له، قال ابن عبد السلام وعليه اعتمد غير واحد ممن صنف في الأحكام وعليه يعتمد أصحاب الوثائق واعترض بعض شيوخنا نقله عن الموثقين بأن المتيطي وابن سهل منهم ومع هذا فقد أوجبا اليمين فقط على البت في العيب الظاهر، ومثله لابن عات في غير موضع من الطرر منها قوله ومن امتنع من دفع ثمن ما ابتاعه لدعواه عيبًا به إن كان ظاهرًا لا طول في الخصام فيه لم يلزمه دفعه حتى يحاكمه، وقال في المدونة: إذا وجد العبد أعورًا أو أقطع إن له مقالا فحملها غير واحد على خلاف قول ابن حبيب وتأولها بعضهم على أن البيع وقع على غاية الصفة ولا يثبت العيب إلا بعد لين من أهل العلم بعيوب تلك السلعة وإن لم يوجد عدل قبل غيرهم ولو كانوا غير مسلمين للضرورة.

(إلا أن يدخله عنده عيب مفسد فله أن يرجع بقيمة العيب القديم من الثمن أو يرده ويرد ما نقصه العيب عنده):

ظاهر كلام الشيخ ولو قال البائع: أنا أقبله بالعيب الحادث وإليه ذهب عيسى بن دينار ورواه يحيى عن ابن القاسم وقال به ابن نافع ورواه عن مالك لأن المشتري قد يتعلق له غرض بعين المبيع وقيل إن كانت فيه زيادة مع العيب أو فراهية لحاجة المبتاع وأما إن لم يكن فيه غير النقص، فلا مقال للمشتري ونحا إلى هذا القول اللخمي قال عياض: ورجع هذا القول شيوخنا وقيل لا مقال للمشتري مطلقًا وهو مذهب المدونة، ورواه عيسى عن ابن القاسم.

وقال أشهب: وقال ابن لبابة: إن كان البائع مدلسًا فالتخيير باق وإلا فلا قال عياض: وهو جيد في الفقه فيتحصل في المسألة أربعة أقوال وكلها في التنبيهات والعيوب الحادثة عند المشتري على ثلاثة أقسام:

قسم: لا أثر له وهو ما إذا كان يسيرا كالعجف.

وقسم: يتحتم فيه الرجوع بالأرش وهو كل ما يخرج عن المقصود كالعمي وما بينهما هو بالخيار كما قال الشيخ وهو الذي أراد بقول عيب مفسد والله أعلم.

واختلف المذهب إذا تلف المبيع بعد أن طلع المشتري على بيعه وقبل قبض

البائع له على أربعة أقوال: فقيل ضمانه من البائع بنفس قول المشتري رددته قاله ابن القصار وقيل حتى يقبضه البائع قاله مالك في الموازية .

وقيل إن حكم به حاكم من البائع وهو مذهب المدونة وأول رواية الموازية وكلها نقلها اللخمي وقيد بالأول بكونه عيب رد لا شك فيه وقيل إن الضمان من البائع إذا أشهد المشتري أنه غير راض به ولم يطل أمده يرى بحيث أنه رضيه حكاه ابن رشد في المقدمات عن أصبغ.

(وإن رد عبدًا بعيب وقد استغله فله غلته):

ما ذكر الشيخ هو مذهبنا واحتجوا على أن الغلة للمشتري بحديث الترمذي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان.

وبما ذكر أبو داود بسنده إلى عائشة رضي الله عنها أن رجلاً ابتاع غلامًا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم فوجد به عيبًا فخاصمه إلى رسول الله ﷺ فرده عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي فقال عليه السلام: «**الخراج بالضمان**».

«وأما من اشترى نخلا وفيه ثمر قد أبر واشترطها أو اشترى غنما وعليها صوف قد كمل فجد النخل بعد طيبها أو جز الصوف»[1].

فقال ابن القاسم : يرد ذلك للبائع، وقال أشهب: هو للمشتري، وقال ابن القاسم في المدونة: ولا يرد اللبن وإن كان في الضروع يوم البيع، وقال ابن المواز: اتفق على ذلك ابن القاسم، وأشهب .

وقال ابن عبد السلام : وانظر هل فيه قولة لأشهب أم لا: قلت، والصواب أنه لا قولة فيه ليسارة اللبن وأنه لا يبقى كالصوف والتمر .

(والبيع على الخيار جائز إذا ضربا لذلك أجلا قريبًا إلى ما تختبر فيه تلك السلعة أو ما تكون فيه المشورة):

ظاهر كلام الشيخ أن خيار المجلس لا يعول عليه، وهو كذلك عند مالك وقال به الفقهاء السبعة كذا قال ابن شاس وابن الحاجب وسلمه التونسيون كابن عبد السلام واعترضه الشيخ خليل بأن الإجماع على أن سعيد بن المسيب من الفقهاء السبعة وهو

---

(١) رواه أبو داود (٣/٢٨٤)، والترمذي (٣/٥٨١)، والنسائي في الصغرى (٧/٢٥٤)، وابن ماجه (٢/٧٥٢).

قائل بخيار المجلس قاله المازري، وصاحب الإكمال، وبه قال ابن حبيب لحديث الموطأ.

وقد أكثر المازري في الاعتذار عن مالك حيث روى الحديث، ولم يأخذ به فمن شاء فلينظره في شرحه، وحقيقة بيع الخيار بيع وقف أولا على إمضاء متوقع فيخرج الخيار الحكمي قاله بعض شيوخنا.

قال المازري: وفي كونه رخصة لاستثنائه من بين الغرر، وحجر المبيع خلاف قال في المدونة: أمر الخيار في الدور الشهر، ونحوه.

وقال ابن حبيب فيها وفي الأرضين الشهران ومثله في الموازية، قال عبد الحق الدور والأرضون سواء لا وجه لمن فرق بينهما وجعل ما تقدم وفاقًا للمدونة لا خلافًا، وهل المدة في الدور الثلاثة الأشهر نقله عياض في الإكمال عن الداودي.

قال التونسي: له أن يقيم بالدار ليلا ليختبر جيرانها دون سكناه، قال المتيطي: واختلف في جواز شرط السكنى على ثلاثة أقوال:

فقيل: جائز نقله غير واحد، وقيل: لا يجوز قاله ابن القاسم، وقيل: إن كان من أهل محلتها لم يحتج إلى السكنى لأنه عالم بجيرانها، وإن لم يكن من أهلها جاز شرط السكنى، قاله اللخمي، وفي المدونة: أمدا بالخيار في الجارية الجمعة وشبهها ابن حبيب، وكذلك العبد.

قال محمد: أجاز ابن القاسم فيه عشرة، وروى ابن وهب فيه شهرا قلت: وأما المكاتب فإنه أجاز فيه الخيار شهرًا.

قال في المدونة: ومن كاتب أمته على أن أحدهما بالخيار يومًا أو شهرًا جاز، ولا يقال: هو خلاف لأن الشرع متشوف للحرية.

وأما الدابة فإن كان اختبارها بركوبها ففي المدونة: اليوم وشبهه، وإن كان اختبارها في كثرة الأكل وقلته وغلاء ثمنها، ورخصه فيوسع له في الأجل فتجوز الثلاثة الأيام كالثوب.

قال عياض: كذا في رواية شيوخي، وكذا رواه ابن وضاح، وفي بعض النسخ اليوم واليومان، وما نبه عليه في كتاب ابن عتاب ليس عند ابن وضاح، واختار اللخمي أن يكون بحساب الثمن ليس الدينار كالعشرين، ولا هي كالمائة، ولا فرق بين الثياب وغيرها إذا كان المقصود اعتبار حال الثمن وصوبه ابن عبد السلام قائلاً: ينبغي أن لا

يقتصر القاضي، ولا المفتي على ما وقع في الروايات.

قال الفاكهاني عن الغريب، والمشورة بفتح الميم وإسكان الشين وفتح الواو وبضم الشين وإسكان الواو لغتان.

(ولا يجوز النقد في الخيار، ولا في عهدة الثلاث ولا في المواضعة بشرط) (١):

اعلم أن قيد الشرط راجع إلى الثلاث التي ذكرها الشيخ ويزاد بيع الشيء الغائب على الصفة ولا يجوز دفع الثمن، ولو مع الطوع في الأمة إذا بيعت على خيار، وفيها مواضعة وكذلك بيع الشيء الغائب على الخيار والسلم على خيار، وكذلك الأرض غير المأمونة على خيار.

وذكر عبد الحق في النكت: أنه لا يجوز ولو مع الطوع بخلاف الرهن إذ ليس الحق في غير الرهن، وإنما هو توثقة، وفي غير الحق في عينه، وما ذكر الشيخ أن شرط النقد فيما ذكر لا يجوز هو كذلك اتفاقًا لاحتماله تارة بيعًا، وتارة سلفًا، فيقوم من قوله إن كل ما لا يعرف بعينه من مكيل أو موزون لا يصح بيعه بالخيار بشرط الغيبة عليه، ونص على ذلك سحنون في المدونة: إلا أنه ذكر ذلك في المبتاع.

وفي الموازية والبائع لأنه إذا أمضى البيع كان بيعًا، وإن لم يمض البيع وجب رده، وقد يكون تصرف فيه، ويرد مثله فيكون سلفًا، ويريد سحنون ما لم يطبع عليه، ونص عليه اللخمي.

قلت: فإن وقع البيع في بيع الخيار على شرط النقد فهل يفسد البيع أم لا والمعروف من المذهب أنه يفسد وحكى ابن الجلاب قولاً بعدم فساده ونصه، وفي

---

(١) قال زروق: يعني أن من شرط بيع الخيار أن لا يشترط فيه النقد وكذلك المواضعة وعهدة الثلاث وزاد بعد هذا بيع الغائب على الصفة والأرض غير المأمونة قبل أن تروى فهي إذا خمس لا يجوز فيها النقد بشرط ويجوز بغير شرط وإنما يمنع لأنه يكون تارة بيعًا وتارة سلفًا ومعنى المواضعة جعل الأمة على يد أمين إلى أن تظهر براءة رحمها فينبرم بيعها وعهدة الثلاث الرجوع بكل ما يحدث في الرقيق من العيوب في ثلاثة أيام بعد عقد البيع وقوله (والضمان في ذلك والنفقة على البائع) يعني في الخيار وفي عهدة الثلاث وفي المواضعة لأن المبيع لم يخرج عن ملكه في ذلك.

وهذا على أن بيع الخيار منحل حتى ينبرم وحكى المازري فيه قولين وقال ابن رشد هو منحل اتفاقًا فإن أمضى فهل يعد ممضي من يوم نزل أو من يوم أمضي قولان قال والمبيع في مدة الخيار للبائع والإمضاء نقل وقال عبد الرحمن هو ملك للمبتاع فالإمضاء تقرير والرد فسخ.

فساد البيع بشرط النقد قولان.

قال بعض شيوخنا ولا أعرفه إلا كرواية محمد عن نقد ثمن ثوب حتى يراه فإن لم يرضه رده جاز إن قرب وطبع عليه، وعلى الأول لو وقع الاتفاق على إسقاط الشرط، فذهب سحنون إلى صحة العقد.

وقيل: إنه لا يصح عزاه عبد الحق لبعض الأندلسيين قال ابن رشد: وهو ظاهر المدونة، وعزا المازري القولين للمتأخرين.

(والنفقة في ذلك والضمان على البائع):

أما النفقة فهي على البائع سواء قلنا: إن البيع منعقد من أوله أو بآخره، وظاهر كلام الشيخ في الضمان سواء كان المبيع مما يعاب عليه أم لا، وليس كذلك، وإنما يضمن البائع ما لا يغاب عليه، وأما ما يغاب عليه فمن المشتري، وهو نص المدونة، وهو المشهور، وهو الذي أراد الشيخ، والله أعلم.

وقيل: إن الضمان ممن شرطه الخيار مطلقًا قاله مالك، وحكاه ابن رشد وتتخرج النفقة والغلة عليه، وعلى الأول فاختلف لو قامت البينة بهلاكه من غير سببه، فقال ابن القاسم لا يضمن.

وقال أشهب: يضمن بناء على أصليهما هل الضمان بالتهمة أو بالأصالة، وكلاهما حكاه المازري، واللبن والسمن، غلة اتفاقًا.

وأما الصوف فإن اشترطه المشتري فهو له كمن اشترى سلعتين، وإن لم يشترطه فهو للبائع واختلف في أرش الجناية، فقيل: إنها للبائع وهو مذهب المدونة، وقيل: إنه تبع له قاله ابن حبيب، ولو ولدت الأمة ثم أمضى البيع. فقال ابن القاسم: يتبعها كالصوف، وقال أشهب: كالغلة وكلاهما في المدونة: واستشكلت هذه المسألة من وجهين:

أحدهما: كيف جاز بيعها مع أن الحامل المقرب لا يجوز بيعها وأجيب بأنه لا مانع من أن يكون باعها في آخر الشهر السادس وولدته في أول السابع قاله عياض على غير ذلك من التأويلات.

وقال بعض من لقيناه: هذا الإشكال إنما يرد على غير طريق ابن رشد، وأما هو فقال رحمه الله مذهب مالك جواز بيع المريض، قال وهو دليل خيار المدونة وظاهرها في الاستبراء وسماع عيسى عن ابن القاسم.

ونص أصبغ ونسب المنع لابن حبيب، وابن الماجشون، قال: ومال إليه سحنون، وهي طريقة لا اعتراض عليها.

الثاني: أن كلا من ابن القاسم، وأشهب ناقض أصله، وذلك في الحرة إذا تزوجت عبدًا بغير إذن سيده، فأجاز نكاحه بعد أن زنت فقال ابن القاسم: لا ترجم،وقال أشهب: ترجم.

وأجاب بعض شيوخنا عن أشهب: بأن الحدود تدرأ بالشبهات، وعن ابن القاسم بأنه خيار حكمي وناقضًا أصليهما، بقوليهما أيضًا في الأمة إذا جنت ثم ولدت ثم أسلمها سيدها للمجني عليه، فقال ابن القاسم: لا يتبعها ولدها خلافًا لأشهب، وإذا وهب للعبد المبيع بالخيار مال ففي المدونة هو للبائع، وقال ابن الكاتب: يعني بذلك أن يباع بدون ماله وحمله الأكثر على الوفاق، وحمله ابن الجلاب على الخلاف وارتضاه بعض من لقيناه.

(وإنما يتواضع للاستبراء الجارية التي للفراش في الأغلب أو التي أقر البائع بوطئها وإن كانت وخشا):

اختلف المذهب إذا باعها بشرط ترك المواضعة فقيل: البيع جائز والشرط باطل، ويحكم بينهما بالمواضعة، وقيل: إن البيع فاسد، قاله الأبهري ومثله في كتاب ابن المواز، ولهذه المسألة نظائر منها إذا اشترط إسقاط الجائحة فقال ابن القاسم: لا يعول عليه، وقيل: إن البيع فاسد وعزاه اللخمي للسليمانية، ومنها إذا اشترط ضمان العارية فقال ابن القاسم: لا يلتفت إليه خلافًا لأشهب.

قال ابن الجلاب: ولو ماتت الأمة المتواضعة، ولم يعلم هل كان موتها قبل مدة الاستبراء أو بعدها فقال مالك الضمان من البائع، وقال مرة من المشتري.

(ولا تجوز البراءة من الحمل إلا حملا ظاهرًا):

اعلم أنه اختلف المذهب في بيع الجارية التي يزيد في ثمنها الحمل أو البقرة، أو غيرها على أنها حامل على أربعة أقوال: فقيل: لا يجوز قاله مالك في سماع ابن القاسم، وقيل: إنه جائز وإن وجدت غير حامل فله الرد قاله أشهب، وقيل: جائز فإذا وجدها غير حامل فإن كان يظن أنها حامل، فلا يردها، وإن كان يعلم أنها حامل بمعرفته فله ردها لأنه غره، وأطمعه.

قال ابن أبي حازم، وقيل: يجوز في الحمل الظاهر دون الخفي قاله سحنون وهذه

الأقوال الأربعة حكاها ابن زرقون والقول بالمنع مطلقًا هو نص البيوع الفاسدة من المدونة. قال فيها: ومن باع شاة على أنها حامل لم يجز وكأنه أخذ لجنينها ثمنا حين باعها بشرط أنها حامل، وهو ظاهر كلام الشيخ ولتخصيصه الجواز في بيع البراءة بالحمل الظاهر فدل على أن غير البراءة لا يجوز مطلقًا وتعقب ابن الفخار قول الشيخ قائلاً: الصواب أنه لا تجوز البراءة من الحمل في الجواري الرفيعات إلا في الحمل الظاهر، ويجوز من حمل الوخش، وإن لم يكن ظاهرًا هذا قول مالك، ولا يعرف خلافه وزعم ابن زرقون وابن رشد أن بيعها بشرط البراءة متفق عليه لأنه تبرأ من عيب، وهو قصور لنقل ابن يونس في أواخر كتاب الخيار.

قال: ولو شرط حمل الجارية في البيع فسخ، وقيل: إن كان ظاهرًا جاز فيها، وفي الغنم.

وقيل: إن كان على البراءة جاز في الوجهين، قال ابن زرقون، وغيره: إنما يجوز في الرمكة على القول به إن قال: إنها حامل مطلقًا، ولو قيل: إنها حامل من فرس أو حمار لفسد البيع؛ لاحتمال أن يكون انفلت عليها غيره.

قلت: واختار بعض من لقيناه الجواز إذا كان يعلم أنه حفظها من غيره.

(والبراءة في الرقيق جائزة مما لم يعلم البائع):

ظاهر كلام الشيخ أن غير الرقيق لا تفيد فيه البراءة، وهو نص المدونة قال المتيطي، وعليه العمل وبه الفتوى، وبه قال الجمهور من أصحاب مالك.

وقيل: تفيد في كل شيء من عرض وغيره، قاله أشهب، وابن وهب وابن حبيب، وابن كنانة، واستقرئ من المدونة، وبه قال مالك في كتاب ابن حبيب.

وقيل: فيما عدا الحمل الخفي من الرائعة إذ لا تصح البراءة منه لخطره، وقيل: عكسه، قاله عبد الوهاب، وتأوله اللخمي على المدونة أيضًا، وعليه العمل عندنا بتونس.

وقيل: تفيد في الحيوان وهو نص الموطأ، والواضحة وأحد قولي الموازية، وقيل: تفيد من السلطان خاصة قاله مالك، وحكى ابن أبي زمنين وابن الكاتب وغيرهما أنه لا يختلف قول مالك في بيع السلطان: إنه بيع براءة، وقيل: يفيد من الورثة لقضاء دين وشبهه.

وقيل: فيما طالت إقامته عند بائعه، واختبره، قاله في الواضحة والموازية، وتأول على المدونة، وقيل: تفيد في كل شيء إذا كان العيب تافهًا غير مضر، رواه ابن القاسم

في كتاب محمد ونحوه في العتبية وعليه حمل قول المغيرة، وهو مثل قول المدونة إن البراءة لا تنفع في أهل الميراث، ولا غيرهم إلا أن يكون خفيفا، وزعم ابن الكاتب أنه لا يختلف قول مالك في اليسير، وغيره جعله مختلفا فيه كما قلنا فهذه ثمانية أقوال.

وبالجملة فقد أطال عياض الكلام عليها جدًّا وذكر أولا أن فيها تسعة أقوال ثم زاد في آخر كلامه عاشرا ويظهر أن في بعضها التكرار قال: وفي الكتاب منها ستة، قلت: وكل هذا الخلاف فيما لا يشترط فيه التماثل، وأما ما يشترط فيه التماثل كمد قمح بمد فلا يجوز اشتراط البراءة، لما يؤدي إليه من التفاضل.

وكذلك لا يجوز في القرض كما إذا استقرض عبدًا وتبرأ من عيوبه دخله سلف جر منفعة نص على ذلك الباجي والمازري، وقبله خليل، وقال بعض من لقيناه بدخول المسألة الأولى في الخلاف إذ ليس ثم تفاضل البتة؛ لأن الفرض أن القدر واحد وقصارى الأمر أن الصفة تختلف على تقدير الوجود، وذلك لا يضر.

(ولا يفرق بين الأم وولدها في البيع حتى يثغر):

الأصل في هذا ما خرجه الترمذي عن أبي أيوب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبائه يوم القيامة»**[1].

ووقع في المدونة: ما يوهم جواز التفرقة قال في كتاب المرابحة في الجارية التي ولدت عنده: لا يبيعها مرابحة، ويحبس ولدها إلا أن يبين واعترضه فضل، قال: هذا من بيع التفرقة، وللناس في ذلك تأويلات:

أحدها: لعله أعتق الولد.

الثاني: لعله بلغ حد التفرقة.

الثالث: لعله مات.

الرابع: لعله على تأويل ابن القاسم عن مالك في العتبية، وتخريجه في سماعه على المسألة أنه رجع إلى إجازة بيع التفرقة، وقد وهموه في هذا التأويل.

الخامس: أن يكون ذلك برضا الأم على أحد القولين.

السادس: أنه إنما تكلم هنا على أحكام بيع المرابحة ولم يتعرض للكلام على التفرقة فلم يتحرز منها وكلها ذكرها عياض رحمه الله تعالى، وما ذكر الشيخ من أن

---

(١) رواه الترمذي (١٣٤/٤).

حده الإثغار هو قول مالك في المدونة قائلاً: ما لم يعجل به، وهو أحد الأقوال الستة.

وقيل: سبع سنين قاله ابن حبيب، وقيل: عشر سنين، قاله ابن وهب، والليث بن سعد، وقيل: باستغنائه عن أمه، ومعرفة ما يؤمر به، وينهى عنه، ولا يقال يمكن أن يتأول هذا القول برجوعه إلى أحد هذه الأقوال السابقة ؛ لأن معرفة ما ذكر يختلف باختلاف قرائح الأطفال.

وقيل: حده البلوغ، رواه ابن غانم عن مالك، وقيل: لا يفرق بينهما وإن بلغ نقله ابن يونس عن ابن عبد الحكم لقوله للأب أخذ الولد وظاهره التأبيد، وصرح به اللخمي، وأبعده المازري ووجه ابن يونس بعموم الحديث وقد تقدم معارضة بعض من لقيناه قول ابن عبد الحكم بقوله للأب أخذ الولد الذكر من الأم عند الإثغار والجواب عن ذلك.

وظاهر كلام الشيخ أن التفرقة لا تجوز ولو رضيت الأم بذلك، وهو كذلك ونص عليه مالك في كتاب محمد، وقيل: إن الجمع بينهما حق للأم قاله في المختصر، واختار ابن يونس الأول.

وظاهر كلام الشيخ أن الأب لا يلحق بالأم وهو كذلك، واختار اللخمي أنه يلحق بها كقول بعض المدنيين، والاتفاق على أنه لا يلحق بهما غيرهما، والمراد بالأم من النسب أما من الرضاع فلا، قاله التادلي، وهو واضح لأن الأم من الرضاع ليس لها من الحنان والشفقة ما للأم من النسب ألا ترى أنه لا حضانة لها، ويريد الشيخ إلحاق الهبة وشبهها بالبيع في التفرقة وهي جائزة في العتق وشبهه كالكتابة وفي الحيوان البهيمي على ظاهر المذهب، وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز وأن حد التفرقة أن يستغني عن أمه بالرعي، قاله التادلي والمغربي، وأظنه في العتبية، ولا أتحققه، ووقع للشيخ أبي بكر بن اللباد نحوه وذلك أن ابن يونس نقله عنه في الراعي إذا استؤجر على رعاية غنم، ولم يكن عرف برعي الأولاد ولا شرط فإن على ربها أن يأتي براع معه للأولاد للتفرقة وتأوله بعض شيوخنا بأن معناه أن التفرقة تعذيب لها فهو من باب النهي عن تعذيب الحيوان.

وقال الفاكهاني: ظاهر الحديث يعم العقلاء وغيرهم ولم أقف عليه بالنص في غير العقلاء فمن وجده فليضفه إلى هذا الموضع راجيا ثواب الله تعالى.

(وكل بيع فاسد فضمانه من البائع فإن قبضه المبتاع فضمانه من المبتاع من يوم قبضه):

يريد بالفاسد ما كان حرامًا وصرح ابن رشد باندراج المكروه في الفاسد، وقال بعض شيوخنا إن عني بالفاسد ما نهي عنه فقط فمندرج وإن عني به مع سلب خاصية البيع عنه فغير مندرج، وما ذكر الشيخ من أن الضمان من المشتري إذا قبضه هو المشهور.

وسمع أبو زيد بن القاسم في جامع البيوع: من ابتاع زرعا قبل بدو صلاحه ثم حصده وحمله إلى منزله فأصابته نار فاحترق وعلم أن ذلك القمح بعينه احترق فمصيبته من البائع قال ابن رشد: وهو خلاف المعلوم من المذهب ونحوه سمع يحيى في كتاب الخلع ووجهه بأنه لما كان بيعًا فاسدًا لم ينعقد فيه بيع زاد في أجوبته ولا يفيته بيع ولا غيره.

قلت: قال بعض شيوخنا وظاهر هذا السماع إنما يكون الضمان من البائع إذا قامت بهلاكه بينة، وقيل: إن كان البيع متفقًا على تحريمه فمصيبته من البائع، وهو في يد مشتريه كالرهن هكذا نقله المازري عن سحنون وعبر عنه اللخمي بقوله: إن كان البيع حرامًا.

وظاهر كلام الشيخ: إذا أمكنه البائع من قبضه ولم يقبضه أن مصيبته من البائع وهو كذلك.

وقال أشهب: يضمنه المشتري بالتمكين أو ينقد الثمن كقبضه، وناقضه أبو عمر أن قوله هذا بروايته عن مالك أن من تزوج امرأة على عبد فمات العبد قبل القبض وهو لم يكن يقدر على منع الزوجة منه أن ضمانه من الزوج.

قلت: ولا مناقضة عليه في ذلك إذ لا يلزم من الرواية الأخذ بها وعلى تسليمه فالتمكين أخص مما في الرواية والله أعلم.

(فإن حال سوقه أو تغير في بدنه فعليه قيمته يوم قبضه ولا يرده، وإن كان مما يوزن أو يكال فليرد مثله)[1]:

---

(١) البيوع الفاسدة قلت: أرأيت من اشترى ثيابًا بيعًا فاسدا أو حيوانا أو رقيقًا فطال مكثها عنده ولم تتغير أسواقها أله أن يرد ذلك وقد طال مكثها عنده؟ قال: قال مالك: أما الحيوان فإنها لا تثبت على حالها لأنها تتغير فإن طال مكثها عند المشتري كان ذلك فوتا وأما الثياب والعروض كلها غير الحيوان والرقيق فإن تغيرت أسواقها أو دخلها العيب فقد فاتت.

قلت: أرأيت إن تغيرت أسواق هذه العروض ثم رجعت إلى أسواقها يوم اشتراها المشتري أله أن يردها وقد عادت إلى أسواقها يوم قبضها؟ قال: ليس له أن يردها لأنها قد تغيرت بالأسواق فلما تغيرت لزمته القيمة فليس تسقط بذلك القيمة عنه وإن عادت إلى أسواقها.

قلت: أرأيت إن اشتريت ثيابًا أو عروضًا بيعًا فاسدا فبعتها ثم اشتريتها أو ردت علي بعيب ولم =

=

تتغير هذه العروض ولا هذه الثياب بزيادة ولا نقصان سوق أيكون لي أن أردها على الذي باعني؟ أم ترى بيعي فوتا؟ قال: له أن يرد ذلك على البائع وقال: عند مالك إذا رجعت السلعة إليه باشتراء أو بهبة أو بصدقة أو بميراث أو ردت إليه بعيب إذا كانت عروضًا لم تتغير بالأبدان ولا بالأسواق وليس بيعه إياها إذا رجعت إليه على أسواقها فوتا وله أن يردها.

وقال أشهب: ليس له أن يردها لأنه قد لزمته القيمة فيها.

قلت: فإن كانت حين باعها تغيرت عن أسواقها ثم رجعت إليه بهبة أو ميراث أو صدقة أو وصية أو شراء أو ردت عليه بعيب فرجعت إليه يوم رجعت وهي على أسواقها يوم اشتراها أله أن يردها على البائع؟ قال: لا لأنها لما تغيرت أسواقها كان ذلك فوتا حين تغيرت عنده أو عند غيره.

قلت: أرأيت إن اشتريت جارية بجاريتين غير موصوفتين؟ قال: البيع باطل عند مالك.

قلت: فإن قبضت الجارية على هذا البيع فذهبت عينها عندي ألصاحبها الذي باعها مني أن يأخذها مني ويأخذ ما نقصها؟ فقال: لا إلا أن تشاء أنت أن تدفعها إليه وما نقصها.

قلت: وما يكون علي؟ قال: عليك قيمتها يوم قبضتها لأنك قبضتها على بيع فاسد فلما حالت بتغير بدن لزمتك قيمتها عند مالك.

قلت: وكذلك إن كان سوقها قد تغير لزمتني القيمة فيها ولم يكن لي أن أردها في قول مالك؟ قال: نعم.

قلت: فإن قال الذي باعها: أنا آخذها عوراء أرضى بذلك أو قال: أنا آخذها وإن كانت أسواقها قد نقصت وأبيت أنا أن أدفعها إليه فقلت له: أدفع إليك قيمتها أيكون ذلك لي أم يلزمني أن أدفعها إليه بنقصانها في قول مالك؟ قال: ذلك إلى المشتري إن شاء دفعها ناقصة كما طلبها منه بائعها وإن أبى إلا أن يعطيه القيمة فذلك له عند مالك.

قلت: وكذلك إن زادت في بدنها أو زادت في سوقها فقال المشتري: أنا أدفعها إليك أيها البائع بزيادتها وقال البائع: لا أقبلها ولكن آخذ قيمتها؟ قال: ذلك للبائع عند مالك إن شاء قبلها كما رضي المشتري بزيادتها وإن أبى لم يجبر على ذلك وكانت له القيمة على المشتري وتكون الجارية للمشتري.

قلت: وكذلك إن كانت هذه الجارية على حالها إلا أنها قد ولدت عند مشتريها؟ قال: الولد فوت.

قلت: وهذا قول مالك؟ قال: نعم.

قال: قال مالك: إذا ولدت الأمة فهو فوت في البيع الحرام وليس الولد فوتا في العيوب وإن وجد بها مشتريها عيبًا والبيع صحيح وقد ولدت عنده ردها وولدها وليس له إذا ردها أن يحبس ولدها فإن أبى أن يرد ولدها لم يكن له في العيب شيء إلا أن يردها بالولد.

قلت: فإن كان اشتراها بيعًا فاسدا فولدت عنده ولدا ثم مات الولد أله أن يردها ويأخذ الثمن في قول مالك؟ قال: لا لأنها حين ولدت عنده فقد فاتت وحالت الأسواق فلا يرد البيع كانت

=

من المرتفعات أو الوخش وليس عليه إلا قيمة الأم يوم قبضها.

قلت: فبم فرق مالك بين البيع الفاسد إذا حالت عند المبتاع بنقصان بدن أو بزيادة بدن أو زيادة سوق أو نقصان سوق أو ولادة؟ لم يكن له أن يردها ويرجع على بائعها بالثمن إلا أن يرضى البائع والمبتاع بالرد وبين الذي اشترى بيعًا صحيحا فأصاب عيبًا وقد نقضت بتغير سوق أو زيادة بدن أو نقصان أو أصاب بها عيبًا غير مفسد كان له أن يرد في قول مالك ولا شيء على المشتري في ذلك.

قلت: فبم فرق مالك بين هذين؟ قال: لأن بيع الحرام هو بيع وإن كان قد أخطأ فيه وجه العمل فهو ضامن وقد باعه البائع ولم يدلس له عيبًا وأخذ للجارية ثمنا فلما كان ذلك البيع مردودا إن أصاب الجارية بحال ما أخذت منه ردت عليه فأما إن تغيرت فليس له أن يرد لأنه ليس له أن يأخذ منه جارية صحيحة ويردها معيبة أو يأخذها وقيمتها ثلاثون دينارا فتحول سوقها فيردها وقيمتها عشرة دنانير فيذهب من مال البائع بعشرين دينارا أو تنمو في بدنها وقد كان لها ضامنا فيأخذ البائع من المبتاع زيادة عشرة دنانير أو ثلاثين دينارا وإنما كانت الزيادة في ضمان غيره وإنما أخطأ في العمل فلزمته قيمتها يوم قبضها وإنما العيب أمر كان سببه من البائع ولم يكن سببه من المبتاع فلذلك ردها وكان ما أصابها من عيب يسير من حمى أو رمد أو ضرر جسم أو عيب يسير لا يكون مفسدا فليس على المبتاع فيه شيء إلا أن يكون كثيرًا فاحشا أو عيبًا مفسدا مثل العور والقطع والصمم وما أشبهها فذلك حينئذ يكون المبتاع بالخيار إن شاء ردها ورد ما نقص العيب منها وإن شاء أمسكها وأخذ قيمة العيب من الثمن إلا أن يقول البائع: أنا آخذها ناقصة وأدفع إليك الثمن كله فلا يكون للمبتاع ههنا حجة في حبسها إلا أن يحبسها ولا يرجع على البائع بشيء أو يردها ولا شيء له.

قلت: وهذا قول مالك؟ قال: نعم قلت: أرأيت من اشترى سلعة إلى أجل مجهول فقال المبتاع أنا أبطل الأجل وأنقدك الثمن الذي شرطت إلى الأجل وقال البائع: لا أقبل ولكني آخذ سلعتي لأن الصفقة وقعت فاسدة ما قول مالك في ذلك؟ قال: للبائع أن يأخذ سلعته عند مالك ولا ينظر في هذا إلى قول المبتاع لأن الصفقة وقعت فاسدة إلا أن تفوت بنماء أو نقصان أو اختلاف أسواق فيكون عليه قيمتها.

قلت: أرأيت إن اشترى ثمرة نخل قبل أن يبدو صلاحها فجدها قبل أن يبدو صلاحها؟ قال: البيع جائز إذا لم يكن في البيع شرط أنه يتركها حتى يبدو صلاحها.

قلت: فإن اشتراها قبل أن يبدو صلاحها فتركها حتى يبدو صلاحها فجدها ما عليه؟ قال: عليه قيمتها يوم جدها إن كان رطبا.

قلت: وكذلك إن تركها حتى صارت تمرا فجدها؟ قال: إذا تركها حتى يصير تمرا ثم جدها فعليه مكيلة ثمرتها التي جدها وهو قول مالك.

قال ابن وهب: قال يونس وقال ربيعة: لا تجمع صفقة واحدة شيئين يكون أحدهما حلالا والآخر حرامًا ومن ذلك ما يدرك فينقص ومن ذلك ما يتفاوت فلا يدرك نقصه إلا بظلم

ما ذكر الشيخ من أن تغيير السوق مفيت هو المشهور. وقيل: إنه غير مفيت حكاه ابن عبد البر قال في كافيه، وفي الفوت بتغير الأسواق اختلاف عن مالك وأصحابه، وما ذكره من تغير البدن متفق عليه فيما قد علمت قال في المدونة: مثل الولادة والعيب، وزيادة بدن وزوال بياض العين.

وظاهر كلام الشيخ أن طول الزمان لا أثر له في التفويت، وهو كذلك في العروض قاله في المدونة: وذكر ابن رشد أنه فوت فيها لسرعة التغيير فيها قال اللخمي: واختلف إذا طال الزمان في الحيوان فقال في التدليس من المدونة من كاتب عبدًا اشتراه شراء فاسدًا فعجز بعد شهر فات رده لأنه طول وقال في ثالث سلمها الشهر والشهران ليس بفوت في العبيد والدواب.

وقال المازري: اعتقد بعض أشياخي أن قولي المدونة اختلاف حقيقة، وليس كذلك وإنما هو اختلاف في شهادة بعادة ؛ لأنه أشار في المدونة: إلى المقدار من الزمان الذي لا يمضي إلا وقد تغير الحيوان فتغيره في ذاته أو سوقه معتبر وإنما الخلاف في قدر الزمان الذي يستدل به على التغير.

قلت: قال بعض شيوخنا هذا منه تعسف على اللخمي كان حاصل كلامه إنما هو في قدر الزمان الذي هو مظنة التغيير لا في التغيير وهذا مقتضى كلام اللخمي لمن تأمل وأنصف قال في المدونة: ولو تغير سوق السلعة له فروي بخلاف رجوعها بعد بيعه بها ففرق القابسي بأن سوق الثانية ليست هي الأولى بعينها وإنما هي مثلها والسلعة التي اشتريت شراء فاسدًا ثم بيعت ثم عادت فإنك تقطع أنها هي ومنهم من فرق بأن تغيير السوق غير داخل تحت قدرة البشر فلا يتهم الناس فيه بخلاف البيع ورد بأن فرض المسألة في المدونة: فيما إذا عادت إليه بميراث أيضًا، ولا تهمة فيه، ولما رأى أشهب رحمه الله تعالى أنه لا فرق بينهما جعل مسألة البيع كرجوع السوق.

=

فيترك قال الله تبارك وتعالى: ﴿ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ [البقرة ٢٧٩] فكل بيع لم يدرك حتى تفاوت ولا يستطاع رده إلا بمظلمة فقد تفاوت رده وما كان من أمر ينقصه بين أهله بغير ظلم فلم يفت ذلك فانقضه.

قال ابن وهب قال: وسمعت مالكًا يقول: الحرام البين من الربا وغيره يرد إلى أهله أبدًا فات أو لم يفت وما كان مما كرهه الناس فإنه ينقض إن أدرك بعينه فإن فات ترك. انظر المدونة الكبرى لسحنون (١٨٥/٣).

وظاهر كلام الشيخ أن تغير السوق في المكيل والموزون معتبر وهو قول ابن وهب والمشهور أنه لا أثر له قال بعض الشيوخ الأربعة يفيتها حوالة الأسواق البيع الفاسد، واختلاف المتبايعين وببع العرض بالعرض وبيع المرابحة وأربعة لا يفيتها حوالة الأسواق الرد بالعيب وهبة الثواب والإقالة في السلم والاستحقاق يجمعها قول الشاعر:

وأربعــــة إذا الأســـــواق حالـــــت ... مـــنعن مـــن الفـــوات كما علمت
إقالــــتك الـــــسلم ورد عــــــيب ... وعطـــاء الـــثواب ومـــا استحقت
وأربعـــــة تفـــوت إذا اســـتحالت ... فأولهــــا المبـــــيع إذا اخــــتلفت
وعـــرض فـــيه عـــرض مـــن مبيع ... وبـــيع فاســـد مـــع مـــا ربحـــت

(ولا يفيت الرباع حوالة الأسواق):

ما ذكر الشيخ هو المشهور، وقال ابن وهب: إنه يفيته تغير الأسواق كالعروض والحيوان، واعتذر عن المشهور بأن العقار المقصود منه غالبًا إنما هو الاقتناء دون التجارة وما هو كذلك لا يطلب منه كثرة الأثمان وقلتها، فلا يكون تغير سوقه مفيتا له بخلاف العروض، والحيوان غالبا، ويفيت الرباع الغرس والهدم والبناء قاله في رهون المدونة.

واختلف إذا طال الزمان في الدور والأرضين فالمشهور أنه ليس بفوت وقيل: إن طالت المدة كعشرين سنة فإنه مفيت نقله اللخمي عن أصبغ قائلاً: ولا بد أن يدخلها التغيير في ذلك.

وأشار المازري إلى أنه وفاق، وقال ابن رشد في ذلك قولان كلاهما في كتاب الشفعة من المدونة.

وأما الزرع فليس بمفيت نقله أبو محمد عن ابن المواز قائلاً: فإن فسخ بيعه في إبانه لم يقلع وعليه كراء المثل، وبعد الإبان لا كراء عليه، ولو أثمرت الأصول عند مبتاعها ففسخ بيعها، وقد طابت الثمرة فهي للمبتاع ولو لم تجد وإن لم تطب فهي للبائع وعليه للمبتاع ما أنفق.

(ولا يجوز سلف يجر منفعة)[1]:

---

(١) قال زروق: يعني جرها للمسلف لا للمستسلف لأن استلافه عين المنفعة بخلاف المسلف فإنه كالمتصدق وقد قال عبد الله بن عمر ﷺ: السلف على ثلاثة أوجه سلف تريد به وجه الله فلك وجه الله وسلف تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك وسلف أسلفته لتبدل خبيثا =

يعني القرض بالمنفعة إما للمقرض، وإما للأجنبي ؛ لأن المنفعة إذا انتفع بها الأجنبي من جهة المقرض فكأنه هو الذي انتفع بها، وما ذكرناه من منفعة الأجنبي مأخوذ من رهون المدونة وقراضها ولولا الإطالة لذكرنا لفظها في الكتابين ويقوم من كلام الشيخ أن السفاتج ممتنعة وهو نص المدونة في بيوع الآجال وزعم الباجي أن هذا القول هو المشهور.

وقيل: إنه جائز نقله عياض عن ابن عبد الحكم وعزاه الباجي لرواية أبي الفرج، وقيل: إن غلب خوف الطريق جاز وإلا منع، وهو اختيار اللخمي محتجا بإجازة مالك تأخير نقد كراء المضمون لاقتطاع الأكرياء أموال الناس.

قال ابن عبد السلام: وفي احتجاجه نظر لأن المحظور في مسألة الكراء بيع الدين بالدين، وهو أخف من المحظور في مسألة السفاتج؛ لأنه سلف جر منفعة وهو عين الربا، وقيل: إن طلب المستقرض السلف جاز وإلا منع نقله ابن يونس عن الموازية، وفي الجلاب عن مالك الكراهة فيتحصل في ذلك خمسة أقوال، وتردد خليل هل تحمل الكراهة على التحريم فترد للمشهور أم لا، وكذلك تردد في قول اللخمي قال ومثله لعبد الوهاب هل هو تقييد أو خلاف ولما ذكر ابن بشير في السفاتج القولين، وأن المشهور المنع قال: وكذلك الطعام المسوس أو القديم في زمان الشدة بشرط أخذه جديدًا. واعترضه بعض شيوخنا بأن كلامه يقتضي أن المشهور المنع ولم يحك غيره في السائس إلا الجواز.

قلت: قال ابن عبد السلام ظاهر المذهب المنع والأقرب الجواز لأن منفعة السلف يسيرة جدًّا لا يمكن العاقل أن يقصدها غالبا.

وقال خليل: المشهور المنع خلافًا لسحنون، وقيد اللخمي المنع بما لم يقم دليل

=

بطيب فذلك الربا قال فكيف أصنع قال إن تشق الصحيفة فإن أعطاك مثل الذي أعطيته قبلته وإن أعطاك دون ما أسلفته أجرت وإن أعطاك فوقه طابت به نفسه فذلك شكر لك ولك أجر ما أنظرته به واختلف فيهما إذا كان النفع لهما كالسائس في الغلاء ليأخذ عوضه جديدا قال ابن بشير وهو من السفتجة وفيها اختلاف مشهورها المنع وأفتى بعض شيوخنا بالجواز للضرورة وصورتها يسلف منه في بلد ويكتب لوكيله أن يدفع له في أخرى من خوف الطريق ولو شرط إسقاط يمين القضاء عند التنازع فقيل منفعة تمنع وقيل لا ولو أطاع بذلك فأجيز وقيل هو هدية مديان والله أعلم.

على إرادة نفع المسلف فقط.

وقال ابن حبيب: يمنع مطلقًا ونقل أبو محمد صالح عن أبي موسى الموماني أن قول اللخمي تفسير للمذهب لقول المدونة إن أقرضك فدانًا من زرع لتحصده أنت وتدرسه لحاجتك وترد مثله فإن فعل ذلك رفقًا بك دونه جاز.

واختلف إذا اشترط المقرض إسقاط يمين دعوى القضاء في العقد أو تطوع له به على ثلاثة أقوال: فقيل: يمنع قاله يحيى بن عمر، وقيل: إنه جائز قاله ابن لبابة، وقيل: إنه يمنع في العقد قاله ابن العطار.

وأما شرط التصديق في البيع في العقد ففيه ثلاثة أقوال ثالثها: إن كان البائع من المتورعين جاز ووفى له بشرطه وإلا فلا، واستمر العمل عندنا بتونس على العمل بذلك مطلقًا.

(ولا يجوز بيع وسلف):

الأصل في ذلك ما خرجه الترمذي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يحل بيع وسلف**[1]».

وذكر الباجي أن الإجماع على منعه فإن وقع وأسقط مشترط السلف شرطه فنص في المدونة على الصحة وهو المشهور.

وقيل: إنه لا بد من فسخ البيع قاله ابن عبد الحكم ونقله ابن حارث وغيره وعزاه الباجي لبعض المدنيين وعلى الأول فهل التخيير في إسقاط شرطه ما لم يغب على السلف فإن غاب فقد فات الربا فلا تخيير أو يخير مطلقًا، في ذلك قولان، واشترط ذلك سحنون، وابن حبيب، وابن القاسم، ولم يشترط ذلك أصبغ، وعلى الأول فإن كانت السلعة قائمةً ردت وإن فاتت بيد المشتري ففيها القيمة ما بلغت، وعلى الثاني فعليه في الفوات الأكثر من الثمن أو القيمة وكلا هذين القولين تؤول على المدونة، ونص في المدونة: على أن المعتبر في القيمة يوم القبض.

وقال ابن الجلاب: يوم الفوات لا يوم الحكم ولا يوم القبض ويقوم من كلام الشيخ أن من عليه دينًا قد حل وباع لصاحب الدين سلعة وشرط عليه أن لا يقاصه أنه لا يجوز ووجه الإقامة إنما كانت المقاصة واجبة لمن طلبها عند اجتماع شرائطها كان

---

(١) رواه الترمذي (٣/٥٣٥).

اشتراط عدم المقاصة قرينة في إرادة تأخير الدين السابق فيكون بيعًا وسلفًا، وهو كذلك عند ابن القاسم. وقال أشهب: يصح ويبطل الشرط.

وقال أصبغ: يصح ويوفي بالشرط، وهذه الأقوال الثلاثة حكاها ابن حارث.

(وكذلك ما قارن السلف من إجارة أو كراء):

لا خصوصية لما ذكر بل وكذلك النكاح والشركة والقراض مع السلف.

(والسلف جائز في كل شيء إلا في الجواري وكذلك تراب الفضة):

إنما قال السلف جائز نفيًا لما يتوهم وإلا فهو مندوب إليه من حيث الجملة، ويعرض له التحريم، والكراهة، وأما الإباحة فمتعذرة ؛ لأنه من القرب، وما ذكر الشيخ من منع قرض الجواري مثله في الآجال والسلم الأول من المدونة.

وقيل: جائز على رد المثل قاله ابن عبد الحكم كذا نقله عنه ابن يونس والمازري، ولفظ ابن بشير فيه إجازة ابن عبد الحكم وأوجب رد المثل وفي الحمديسية عنه أجازه إذا اشترط عليه أن لا يرد عينها وإنما يرد مثلها، وهو مثل النقل الأول عنه واعترضه بعضهم بأن الشرط لا ينفع لأنها على مثل الدين صفة ومقدارًا ومن أتى بذلك أجبر ربه على قبوله.

قال خليل: وفيه نظر لجواز استثناء هذه الصورة لئلا يؤدي إلى إعارة الفروج ويريد الشيخ ما لم يكن قرض الجواري للمرأة أو لذي محرم أو كانت في سن من لا توطأ وقيد به اللخمي وغيره المدونة وحمله الباجي على الخلاف للمذهب وهو بعيد فإن وقع قرض الجواري وفرعنا على المشهور فإنه يفسخ ما لم يفت فإذا فات لزمته القيمة، وقيل: المثل واختلف في المفيت ما هو على ثلاثة أقوال: فقيل: مجرد الغيبة عليه نقله ابن يونس عن بعض الأصحاب وقيل: مجرد الغيبة عليها لا أثر له إنما الأثر للوطء قاله عبد الوهاب في معونته.

وقيل: إن كانت غيبة يشبه الوطء فيها فهي فوت وإلا فلا قاله المازري وتراب المعادن والصواغين لا يجوز قرضه وقول ابن عبد السلام في السلم اختلف في قرض تراب المعادن لا أعرفه وكذلك لا يجوز قرض الدور والأرضين والبساتين، واختلف في قرض قواديس قفصه، ونحوها قال بعض شيوخنا لا يجوز.

قال التادلي: وظاهر كلام الشيخ أن قرض لحوم الأضاحي جائز، وفيه القولان اللذان في جلد الميتة وقد ذكرهما اللخمي في جلد الميتة بعد الدبغ، ويجريان هنا بطريق

الأولى ذكر هذا في الأضاحي أعني التادلي.

(ولا تجوز الوضيعة من الدين على تعجيله):

إنما لم يجز ذلك لأنه يدخله في الوضيعة ثلاث علل سلف جر منفعة، والتفاضل بين الذهبين أو الفضتين والنساء؛ لأنه عجل عشرة في عشرين فهو إذا حل يقبض من نفسه عشرين ويدخله الطعام من قرض إذا كان مما لا يجوز فيه التفاضل والثلاث علل، وإن كان مما يجوز فيه التفاضل دخلته علتان من الثلاث سلف جر منفعة والنساء وإن كان الطعام من بيع دخلته أربع علل الثلاثة المذكورة والرابعة بيع الطعام قبل قبضه ويدخله في القرض سلف جر منفعة والنساء، وما ذكر الشيخ هو المشهور وذكر اللخمي في إرخاء الستور عن ابن القاسم أنه جائز.

قال بعض شيوخنا: حكى غير واحد من شيوخ بلدنا أن بعض الطلبة ذكر في مجلس تدريس بعض شيوخه في كتاب الآجال من المدونة قول ابن القاسم هذا فأنكر عليه.

وقال اللخمي: حكاه عنه فلما انقضى المجلس نظروا محله من كلام اللخمي في بيوع الآجال حيث ذكرها في المدونة: فلم يجدوا في اللخمي ما ذكر عنه فلما كان من الغد قالوا له: ما ذكرت عن اللخمي غير صحيح إذ لم يذكره في محله فانصرف الطالب عنهم في هم شديد فلما نام من الليل رأى في نومه الشيخ أبا الحسن اللخمي فقال له: يا سيدي نقلت عنك كذا وكذا، وذكر له القصة وكون الطلبة نظروا كتابك في بيوع الآجال، ولم يجدوا فيه ذلك النقل فقال له: ذكرته في فصل الخلع فانتبه الطالب فرحًا فقام في ليلته، ونظر الكتاب فوجده كما نقل فلما أصبح ذكر ذلك لأهل المجلس واشتهرت قصته وتفضل الله عليه برؤيته المذكورة.

(على تعجيله):

علته حط عني الضمان وأزيدك لأن الطالب لا يجبر على قبضه قبل الأجل لأن منفعة التأجيل لهما معًا.

(ولا التأخير به على الزيادة فيه):

يريد سواء كانت الزيادة من المديان أو من أجنبي ومنه هدية المديان إلا أن تكون معتادة.

وقال ابن الحاجب: وفي مبايعته بالمسامحة الجواز والكراهية قال غير واحد فظاهره أنه لا يختلف إذا لم تكن مسامحة أنه جائز ومقتضى ما حكاه المازري وابن

بشير وغيرهما أن النفل على العكس إن كانت مسامحة منع اتفاقًا لأنها هدية مديان وإلا فقولان الجواز والكراهة.

وقيد اللخمي الخلاف بما قبل الأجل، وأما بعده فلم يحك إلا الكراهة وصرح المازري بعدم الجواز بعد الأجل وهو آكد في التهمة؛ لأن الدين قد وجب على من عليه قضاؤه وأما هدية رب المال للعامل لئلا يدع العمل فلا يجوز لأنه سلف جر منفعة وكذلك لا تجوز هدية العامل لرب المال قبل الشغل بالمال وبعده.

(ولا تعجيل عرض على الزيادة فيه إذا كان من بيع ولا بأس بتعجيله ذلك من قرض إذا كانت الزيادة في الصفة):

قال غير واحد: الفرق بين البيع والقرض أن الأجل في القرض حق للمقرض فلم يسقط بالتعجيل حقًا له بخلاف البيع؛ لأن الأجل حق لهما، ونقل الفاكهاني هذا الفرق عن ابن عيسى في إقالته، وهو يقتضي سواء كان المزيد في الصفة كإعطاء أجود مما في ذمته أو في الذات، وهو خلاف ظاهر قول الشيخ إذا كانت الزيادة في الصفة.

(ومن رد في القرض أكثر عددا في مجلس القضاء فقد اختلف في ذلك إذا لم يكن فيه شرط، ولا وأي ولا عادة فأجازه أشهب وكرهه ابن القاسم، ولم يجزه):

أراد الشيخ بالوأي التصريح بالوعد وبه فسر صاحب مختصر العين.

قال التادلي: وقيل: هو التعريض بالعدة وفي المشارق هو الوعد المضمر والعادة معروفة وسواء كانت خاصة مع المستقرض أو عامة لأهل البلد.

وقال أبو محمد صالح: لا خلاف في العادة الخاصة واختلف في العامة بالجواز والمنع، وظاهر كلام الشيخ أن أشهب يجيز ذلك سواء كانت الزيادة يسيرة أو كثيرة كمن سلف عشرة دراهم مثلاً فقضى أحد عشر أو خمسة عشر، وابن القاسم يحرمه مطلقًا، وبقول أشهب قال القاضي عبد الوهاب، قال ابن عبد السلام وعزاه اللخمي لابن حبيب وعيسى.

قلت: واعترض بعض شيوخنا عليه من وجهين:

أحدهما: أن قول ابن حبيب ليس في التبصرة.

الثاني: قول عز وابن الحاجب لأشهب الجواز مطلقًا قائلاً: لا أعرفه.

قلت: ويرد بأن ظاهر الرسالة كما تقدم، وقول ابن القاسم مثله، وروى ابن المواز في المسألة قولاً ثالثًا: أنه لا تجوز الزيادة إذا كانت يسيرة كدرهمين في مائة نقله أبو محمد

عن أشهب وابن حبيب، وعزاه غيره لابن القاسم إلا أنه لم يذكر تحديد اليسير.

قلت: والصواب عندي عكس الثالث ؛ لأنه إذا كانت الزيادة يسيرة فهما يتهمان فيها بخلاف الكثيرة، والله أعلم.

وفي الصحيح عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه إبل الصدقة فأمر رسول الله ﷺ أبا رافع أن يقضي الرجل بكرا فرجع إليه أبو رافع فقال: يا رسول الله لم أجد فيها إلا خيارًا رباعيا فقال: «**أعطه إياه إن خير الناس أحسنهم قضاء**[1]».

قال ابن عبد السلام: الظاهر أن هذا الحديث يشتمل على جواز المتصل والمنفصل لقوله: «**إن خير الناس أحسنهم قضاء**» فمهما كثرت الزيادة في القضاء كانت أحسن.

(وكذلك له أن يعجل العروض والطعام من قرض لا من بيع):

قال الفاكهاني: يريد إذا كان المعجل في البلد الذي اقترض فيه، وأما إن كان في غيره فلا يلزمه أخذه.

قلت: ما ذكره صحيح، وكذلك لو طلبه المقرض بعد حلول الأجل بغير البلد الذي أقرضه فيه فإنه لا يجبر على الدفع له ولكنه يلزمه أن يوكل من يقبضه عليه في البلد الذي أقرضه فيه.

ونص عليه الشيخ أبو القاسم بن الجلاب، وبه أفتى من لقيناه قائلاً: لا أعرف فيه خلافًا إلا أن الصواب في الضامن عدم لزومه إلا أن يكون ملكًا، ويريد أيضًا إذا كان البلد آمنا، وأما لو طلبه في أخذه بين بلدين أو مكان مخوف فإنه لا يجبر قاله ابن بشير في الموازية واختلف في الجوهر إذا كانا من بيع وطلب أخذه في غير البلد المشترط ففيه القضاء، ولم يكن حمل فقيل كالعين يجبر على قبوله، وقيل: كالعروض، وهو المشهور.

قال ابن بشير: هو خلاف في شهادة إن كان الأمن في الطريق فهو كالعين وإلا فهو كالعرض واختلف المذهب إذا أراد المديان دفع بعض ما عليه، وهو موسر هل يجبر رب المال على قبضه أم لا؟ فروى محمد وبه قال ابن القاسم في رواية أبي زيد: إنه يجبر، وقال ابن القاسم لا يجبر، وأما المعسر فيجبر اتفاقًا.

---

(١) رواه البخاري (٢/٨٤٣)، ومسلم (٣/١٢٢٤).

(ولا يجوز بيع ثمر أو حب لم يبد صلاحه):

يريد إذا كان على التبقية والمسألة لا تخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: ما تقدم، وهو إذا كان على التبقية فنصوص المذهب على فساده، وأجازه أبو حنيفة وحمل النهي على الكراهة وخرج اللخمي قولاً في المذهب بجوازه إذا لم ينقد الثمن.

وقال اللخمي: هذا إذا اشترط مصيبته من المشتري أو من البائع والبيع بالنقد ؛ لأنه تارة بيعًا وتارة سلفًا، وإن كانت المصيبة من البائع والبيع بغير النقد فإنه جائز.

وقال المازري: بعد أن ذكر عن المذهب المنع وأن بعض أشياخه انفرد بذكر ما تقدم: وفي المذهب ما يشير إلى الاختلاف في هذا الأصل فإن فيه قولين مشهورين في جواز كراء الأرض الغرقة على أن العقد إنما يتم بتصرف الماء عنها يريد مسألة المدونة وفيها قولان لابن القاسم وغيره وفرق بعض شيوخنا بأن الغرر هنا يقدر على رفعه بالعقد مع شرط الجد وغرر انكشاف الماء غير مقدور على رفعه وقد فرقوا بهذا المعنى في فصل الخلع بالضرر.

الثاني: أن يكون على القطع فإنه جائز بثلاثة شروط قاله اللخمي في السلم الأول: أن يبلغ الثمر مبلغا ينتفع به، وأن يحتاج إلى بيعه وأن يتمالأ عليه أكثر أهل موضعه ومهما اختل شرط منها فإنه لا يجوز لأنه فساد.

الثالث: إذا وقع العقد عاريا عن الجد والتبقية فظاهر ما في كتاب البيوع الفاسدة من المدونة أنه جائز، وقيل: إنه لا يجوز قاله عبد الوهاب وعزاه المازري لرواية البغداديين، وهو أصل ابن القاسم في البيع المحتمل للصحة والفساد نص عليه في الرواحل والدواب من المدونة خلافًا لابن حبيب وحمل فضل قول المدونة على أن عرفهم على الجد ونحوه لأبي محمد وجعل اللخمي كثرة الثمن دليلا على البقاء وقلته دليلا على الجد.

(ويجوز بيعه إذا بدا صلاح بعضه وإن نخلة من نخيل كثيرة):

يريد إذا كان طيبه متلاحقًا، وما ذكره هو قول مالك الذي رجع إليه، وقيل: لا يجوز حتى يبدو صلاح جميعه، وهو قول مالك الأول، وقيل: يجوز إذا بدا صلاح بعضه، ولو لم يقرب إذا لم ينقطع الأول حتى يبدو صلاح ما بعده قاله ابن كنانة، وقيل: يجوز بيعه ببدو صلاح ما حوله وبه قال مالك أيضًا وابن حبيب، وهذه الأقوال الأربعة حكاها ابن رشد، وفي المسألة قول خامس حكاه ابن حارث أحب إلي أن لا

يباع ما حوله ولا أراه حرامًا، وعزي لابن القاسم وابن حبيب قال ابن رشد: وما استعجل زهوه بسبب مرض في الثمرة وشبهه لم يبع به الحائط اتفاقًا، وفي الحديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.

قال ابن عبد السلام: هذا يدل على أنه يشترط عموم ذلك في جميع الحائط كما اشترط ذلك بعض أهل العلم بعد أن جعل أصل المذهب أن الصلاح في بعض الحائط كاف.

قلت: فظاهر كلامه أنه لم يحفظه في المذهب، وهو قصور لما تقدم وصلاح الثمرة زهوها زاد ابن الحاجب وظهور الحلاوة فيها.

قال ابن عبد السلام: لا أحفظه الآن عن المتقدمين، وإنما ذكروا الحلاوة في التين مع ظهور السواد في أسوده والبياض في أبيضه، وكذلك العنبري في لونه وطعمه.

قلت: واعترضه بعض شيوخنا بأنه قصور في حفظ المذهب لقول المتيطي بدو صلاح العنب ظهور الحلاوة فيه مع السواد في أسوده وحاصله في سائر الثمار إمكان الانتفاع به.

وقال خليل: الظاهر أن ابن الحاجب أراد التنويع فالزهو خاص بالتمر وظهور الحلاوة في غيره قال وفي كلامه نظر لأن الحلاوة لا تعلم ؛ لأن بعضها قد لا تظهر فيه الحلاوة كالموز لأنه يباع في شجره.

قال ابن المواز: ولا يطيب حتى ينزع قال الباجي: يريد إذا بلغ مبلغا إذا نزع من أصله تهيأ للنضج، قال غير واحد: وبدو الصلاح في الزيتون أن ينحو إلى السواد وبدو صلاح القثاء والفقوس أن ينعقد، ويبلغ مبلغا يوجد له طعم وسمع أصبغ وأشهب أن بدو الصلاح في البطيخ أن يؤكل فقوسًا قد تهيأ للبطيخ.

قلت: هذا في الكبار، وأما في الصغار فلا، وقال ابن حبيب أن ينحو ناحية الاصفرار والطيب ؛ لأنه الغرض المقصود منه.

قال الفاكهاني: وقول الشيخ، وإن نخلة من نخلات كثيرة رويناه بالرفع أي، وإن أزهت نخلة ويجوز النصب على خبر كان مقدرة ولها نظائر كثيرة والرفع أحسن.

(ولا يجوز بيع ما في الأنهار والبرك من الحيتان، ولا بيع الجنين في بطن أمه ولا بيع ما في بطون سائر الحيوانات):

قال الفاكهاني عن الغريب الأنهار جمع نهر بفتح الهاء، وإسكانها لغتان مشهورتان.

قالوا: وكذلك كل ما كان على ثلاثة أحرف وعينه حرف حلق نحو شهر، وأما قوله في ﴿ جَنَّٰتٍ وَنَهَرٍ ﴾ [القمر: ٤٥] فقال الزهري: أي أنهار وقد يعبر عن الجمع بالواحد كما قال تعالى ﴿ وَيُوَلُّونَ ٱلدُّبُرَ ﴾ [القمر: ٤٥] والبرك جمع بركة بكسر الباء سميت بذلك لإقامة الماء فيها والجنين كأنه فعيل بمعنى مفعول أي مستور ومنه سميت الجن لأنها مستورة، ويقوم من كلام الشيخ من باب أحرى أنه لا يباع الطير في الهواء وهو كذلك وسمع عيسى وأصبغ ابن القاسم لا يحل صعاب الإبل للغرر في أخذها وربما عطبت به ولجهل ما فيها من العيوب، وكذلك المهاري والفيلة، وكل ذلك مفسوخ.

قال أصبغ: احتجاجه بجهل عيوبها غير صحيح لأن البراءة في بيعها غير جائزة.

قال ابن رشد: اعتراض أصبغ غير لازم؛ لأن ابن القاسم لا يجيز بيع البراءة وهو الصحيح المعروف من قول مالك.

(ولا بيع نتاج ما تنتج الناقة ولا بيع ما في ظهور الإبل):

النتاج بكسر النون ليس إلا وفي الموطأ مرسلا، روى مالك عن ابن شهاب عن ابن المسيب أنه قال: لا ربا في الحيوان وأنهاكم عن ثلاثة المضامين والملاقيح، وحبل الحبلة، فالمضامين ما في بطون الإناث من الإبل، والملاقيح: ما في ظهور الفحول وعكس ابن حبيب وخرج مسلم ومالك في الموطأ عن نافع عن عبد الله بن عمر عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع حبل الحبلة فسره ابن وهب وغيره بنتاج ما تنتج الناقة، وأما النزو فإن كان مضبوطًا بمرة أو زمان فإنه جائز وروى ابن حبيب كراهيته للنهي عنه، وأن أخذ الأجر فيه ليس من مكارم الأخلاق فإن فعل لم يفسخ ولم يؤد الأجر ومنعه جماعة من أهل العلم مطلقًا.

قال ابن عبد السلام: وهو أسعد بظاهر الحديث وسمع عيسى بن القاسم جواز نزو البغل على البغلة واختلف المذهب في جواز الأجرة على ذلك على ثلاثة أقوال: فقيل: إن ذلك جائز قاله عيسى بن دينار وصوبه ابن رشد، وقيل: مكروه قاله ابن القاسم، وعنه الوقف ولو سمى أعوامًا فحصلت في الأول انفسخت قاله سحنون كالصبي في الرضاع.

(ولا بيع الآبق والبعير الشارد)[1]:

---

(١) السلف في المسك واللؤلؤ والجوهر قلت: ما قول مالك في السلف في المسك والمعنبر وجميع =

ظاهر كلام الشيخ بيع بنقد أو بغير نقد كان الطلب في ذلك كله على البائع أو على المشتري، وهو كذلك وللخمي فيه تفصيل مال فيه إلى الجواز إذا لم ينقد الثمن وكان البيع فيهما على أن صفته كذا، وأن طلبه على البائع فإن أتى به على تلك الصفة أخذ الثمن وإلا فلا، واحتج بقول ابن القاسم فيمن قال اعصر زيتونك فقد أخذت زيته كل رطل بدرهم، وكان يختلف خروجه لا خير فيه إلا أن يشترط إن خرج جيدًا أو أنه بالخيار ولا ينقد، وصرح المازري وابن بشير وغيرهما بأنه اختيار اللخمي لا أنه المذهب.

(ونهي عن بيع الكلاب واختلف في بيع ما أذن في اتخاذه منها):

أما الكلب المنهي عن اتخاذه فاتفق المذهب على تحريم بيعه، وأما المأذون فيه فاختلف فيه على سبعة أقوال:

أحدها: أن بيعه لا يجوز وهو مذهب المدونة، وقيل: إنه جائز قاله مالك، وابن كنانة، وابن نفاع وسحنون قائلاً: أبيعه وأحج بثمنه، قال خليل وشهره بعضهم والأكثرون على المنع.

قلت: وعزو ابن الفاكهاني هذا القول لابن كنانة فقط قصور وقيل: إنه مكروه قاله مالك أيضًا وقيل: بجوازه إن وقع في المغانم، وقيل: وكذلك في الميراث والدين ويكره في غيرهما والمراد بالميراث يعني لليتيم.

وأما للبالغين فلا كذا فسره ابن مزين وقيل: لا بأس بشرائه ولا يجوز بيعه كذا نقله ابن زرقون ونقل ابن رشد ويكره بيعه، وإذا فرعنا على مذهب المدونة بالمنع ووقع البيع فروى أشهب في مدونته أنه يفسخ إلا أن يطول.

وحكى ابن عبد الحكم أنه يفسخ وإن طال والقولان حكاهما ابن زرقون.

قلت: والصواب أنه يمضي بالعقد مراعاة لقول من قال ممن تقدم بجوازه وهو قول أبي حنيفة أيضًا، وأما بيع الصور التي على قدر البشر يجعل لها وجوه فقال مالك: لا خير فيها وليس التجر فيها من عمل الناس، وحمله ابن رشد على أنها ليست مصورة

=

متاع العطارين؟ قال: قال مالك: لا بأس بذلك إذا اشترط من ذلك شيئًا معروفا. قلت: ما قول مالك في السلف في اللؤلؤ والجوهر وصنوف الفصوص والحجارة كلها؟ قال: لا بأس بذلك إذا اشترط من ذلك شيئًا معروفا وصفة معروفة. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٣/٦٧).

بصور الإنسان وإنما فيها شبه الوجوه بالتزاويق فصارت كالرقم، ومثله قول أصبغ لا بأس بها ما لم تكن تماثيل مصورة تبقى ولو كانت فخارا أو عيدانا تتكسر وتبلى خف بيعها وصوب ابن رشد أن ما يبقى كما لا يبقى.

(وأما من قتله فعليه قيمته):

يعني: أن من قتل كلبًا مأذونا في اتخاذه فعليه قيمته، وأما غير المأذون فلا وهو كذلك قاله في المدونة في الضحايا، ونقل الفاكهاني عن سحنون أن من قتل الكلب المأذون فيه فلا قيمة عليه كالشافعي.

قلت: لا أعرفه وليس هو أصله، ويقوم من كلام الشيخ أن من قتل أم ولد رجل فإنه يغرم قيمتها وأن من استهلك لحم أضحية فإنه يغرم قيمته، وكذلك من استهلك جلد ميتة أو زرعا قبل بدو صلاحه أو قتل مدبرا وهو كذلك في الجميع.

ونقل ابن يونس في كتاب الغصب في أم الولد إذا غصبت فماتت قيل: لا ضمان عليه كالحرة وقيل: كالأمة قال بعض من لقيناه ولا يتخرج القول الأول فيما سبق من لحم الأضحية وما بعده ؛ لأنه لم يبق له في أم الولد إلا المتعة وغيرها إذا أتلفه إنما أتلف أمرا ماليا ولذا قال كالحرة.

(ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان من جنسه):

الأصل في ذلك ما خرجه مسلم وأبو داود عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان من جنسه، وما ذكر الشيخ من أنه محمول على الجنس الواحد هو تفسير مالك بحديث وأخذ به وخصصه عبد الوهاب وابن القصار والأبهري وغيرهم من البغداديين بالحسي الذي لا يراد إلا للذبح وأجرى اللخمي قولاً بالجواز في الجنس إذا تبين الفضل من أجل أن مالكًا لم يطرد العلة، وقال بالمنع وإن ظهر الفضل مع كونه علل بالمزابنة.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع اللحم بالحيوان من جنسه، ومن غير جنسه، وقال أبو عمر بن عبد البر: وعن أشهب نحوه والمعروف عنه كما قال مالك قال في المدونة: ذوات الأربع من الأنعام والوحش جنس والطير صغيره وكبيره وحشيه وإنسيه جنس والحوت صغيره وكبيره جنس يجوز لحم كل جنس بحي الآخر ولا بأس بلحم الأنعام بالخيل وسائر الدواب ولو لأجل لأنها لا تؤكل لحومها.

وأما بالثعلب والضبع والهر، فقال ابن القاسم: هو عندي مكروه لكراهة مالك

أكلها دون تحريم ولا بأس بالجراد بالطيور وليس هو لحما، واختلف المذهب في الحي الذي لا تطول حياته كطير الماء أو لا منفعة فيه إلا كونه متخذا للحم كالخصي من المعز على قولين لمالك وأخذ ابن القاسم بالمنع وأشهب بالجواز ورجحه ابن عبد السلام بوجهين: **أحدهما**: أنه كالصحيح المراد للاقتناء ؛ لأنه يصدق عليه أنه حيوان.

الثاني: لا يجوز بيعه باللحم إلا على قول من يجيزه بشرط التحري إذا فرعنا على ما اختار ابن القاسم فاختلف على قولين فيما إذا كانت تطول حياته أو كانت منفعته يسيرة، كالصوف في الخصي.

(ولا بيعتان في بيعة وذلك أن يشتري سلعة إما بخمسة نقدا أو عشرة إلى أجل قد لزمته بأحد الثمنين):

الأصل في ذلك ما في الموطأ وخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وصححه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة[1] قال أبو عمر بن عبد البر، ورد هذا الحديث من طرق صحاح، وتلقاه أهل العلم بالقبول وظاهر كلام الشيخ أنه لو كان بخمسة إلى أجل أو بعشرة نقدا أنه جائز، وهو كذلك ؛ لأن كل عاقل يختار لنفسه ما هو يسير عليه، وهو ههنا خمسة إلى أجل، واختلف المذهب إذا قال: خذ الثوب أو الشاة بدينار إن شئت فروى أشهب جواز ذلك، وروى ابن القاسم لا يجوز واختلف أيضًا إذا اشترى على اللزوم ثوبًا يختاره من ثوبين فأكثر فالأكثر على الجواز ولو اختلفت القيمة وهو مذهب المدونة.

وقال ابن المواز: إنه لا يجوز ولو اختلفت قيمتها وصفتها ما لم تتباين تباينا يجوز معه سلم أحدهما في الآخر، وقال ابن حبيب: لا يجوز حتى تكون مساوية غير مختلفة القيمة ولا خلاف في المنع إذا اختلفت الأجناس كحرير وصوف وهو آكد من بيعتين في بيعة لأنه بيع شيئين مختلفين بثمن واحد على اللزوم وسمع عيسى بن القاسم ولو اشترى عشرة يختارها من غنم بعد اشترائه عشرة منها كذلك قبل اختيارها جاز، ولو اشتراها غيره قبل اختياره لم يجز لأنه غرر.

قال ابن رشد: الفرق بينهما أنه يعلم ما يختار فلم يدخل في العشرة الثانية على غرر وغيره لا يعلم ذلك، وقال ابن المواز: يجوز ذلك لغيره كهو ووجهه أن الثاني علم

---

(١) رواه الترمذي (٥٣٣/٣)، ومالك (٦٣٣/٢).

أن الأول لا يختار إلا خيارها وخيارها لا يخفى على ذي معرفة.

(ولا يجوز بيع التمر بالرطب ولا الزبيب بالعنب لا متفاضلا ولا مثلاً بمثل ولا رطب بيابس من جنسه من سائر الثمار والفواكه وهو مما نهي عنه من المزابنة):

ما ذكر الشيخ من أن التمر بالرطب لا يجوز هو المنصوص وخرج اللخمي فيه قولاً بالجواز من أحد القولين في بيع اللحم الطري باليابس ورده ابن بشير بأنا نمنع أن اليبس في اللحم حال كمال وإنما الكمال فيه حال الرطوبة فلا يطلب التيبيس فيه كما يطلب في الرطب فإن تيبيس الثمرة هو كمالها.

قلت: ورده بعض شيوخنا بأنه فاسد الوضع لأنه في معرض النص إذ خرج مالك في الموطأ وأبو داود أن رسول الله ﷺ سئل عن شراء التمر بالرطب فقال لمن حوله: «أينقص الرطب إذا جف» قالوا: نعم فنهى عن ذلك، ومثله قول خليل قياس فاسد الوضع لمقابلة النص واختلف المذهب هل يجوز بيع الرطب بالرطب أم لا؟ والمشهور جوازه.

وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز لنقصه إذا جف قال ابن عبد السلام: وهو أجري على الأصل لأنه لا يتحقق مقدار ما ينقص كل واحد منهما، وأما الزيتون بالزيتون مثلاً بمثل فإنه جائز نص عليه اللخمي قائلاً: وإن كان زيت أحدهما أكثر من الآخر وزعم ابن الحاجب الاتفاق عليه قال ابن عبد السلام: ولولا الاتفاق عليه لكان الأنسب المنع لأن المطلوب زيته، وهو غير معلوم التساوي بخلاف اللحم باللحم.

قلت: وأجابه بعض من لقيناه بأن الاتفاق على جواز القمح بالقمح وإن علم أن ريع أحدهما أكثر من الآخر مع أن القمح المقصود منه الدقيق بخلاف الزيتون فإنه كثيرًا ما يؤكل كذلك، واختلف في طري الزيتون بيابسه بتحري النقص والمشهور منع القمح المبلول بمثله وجواز المشوي بالمشوي والقديد بالقديد، وقد علمت ما فرق به بينهما.

(ولا يباع جزاف بمكيل من صنفه ولا جزاف بجزاف من صنفه إلا أن يتبين الفضل بينهما إن كان مما يجوز التفاضل في الجنس الواحد منه):

إنما جاز إذا بان الفضل لانتفاء وصف المزابنة؛ لأنه يصير حينئذ بيع معلوم بمعلوم من جنسه، واختلف في بيع الرطب باليابس إذا كانا ربويين على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك ممنوع وهو دليل ما في سماع عيسى وأصبغ.

والثاني: أنه يجوز بشرط تحري المساواة وهو أيضًا في سماع عيسى.

الثالث: إن علم أحدهما أكثر جاز وإلا فلا وذهب فضل إلى رد القولين إلى الثالث.

(ولا بأس ببيع الشيء الغائب على الصفة):

ظاهر كلام الشيخ وإن كان حاضر البلد، وهو كذلك، وروى ابن المواز، وقال به أنه لا يجوز والقول الأول نص عليه في المدونة في غير ما موضع قال في آخر كتاب السلم الثالث منها، وإن بعت من رجل رطل حديد بعينه في بيتك برطلين من حديد في بيته ثم افترقتما قبل قبضه ووزنه جاز ذلك، وفي كتاب الرد بالعيب منها، وإن بعت من رجل سلعة حاضرة في بيتك أو في موضع قريب يجوز فيه النقد ووصفتها جاز ذلك ويريد الشيخ ما لم يبعد الغائب جدًّا نقله هو رحمه الله عن ابن حبيب، ونقله المازري غير معزو له كأنه المذهب ولم يحده بتعيين مسافة.

وقال ابن شاس كإفريقية من خراسان وظاهر كلام الشيخ أنه لو بيع الغائب دون وصف ولا تقدم رؤية أنه لا يجوز وإن كان على خياره عند رؤيته، وهو المعروف وهو نص المدونة وظاهر ما في السلم الثالث، منها جوازه، وأنكره ابن القصار والأبهري وعبد الوهاب لجهله حين العقد.

وقال بعضهم: إنها من بقايا أسئلة أسد لمحمد بن الحسن.

قلت: قال بعض شيوخنا: وهذا جهل لسماع سحنون أسئلتها من ابن القاسم حسبما هو مذكور في المدارك ونحوه قول خليل هو باطل ؛ لأن نسبة الوهم بغير دليل إلى أسد وسحنون لا تجوز، وأما بيع الأعمى فقال المازري: إن كان بعد إبصاره أجناس المبيع وصفاته جاز وإن كان خلق أعمى فمنع الأبهري بيعه.

وأجازه القاضي عبد الوهاب، قلت: ويتعارض المفهومان فيمن عمي صغيرا بحيث لا يعلم أجناس المبيع وصفاته ونبه على هذا بعض شيوخنا، وألحقه ابن عبد السلام بالأصلي قال: وينبغي أن يكون هذا في الصفات التي لا تدرك إلا بحاسة البصر، وأما ما يدرك بغير ذلك من الحواس فلا مانع من أن يجوز بيعهما وشراؤهما لذلك قال: ولولا أنهم اتفقوا فيما قد علمته على صحة بيع الأعمى الذي تقدم منه إبصار وشرائه لكان النظر يقتضي أن لا يجوز ذلك.

(ولا ينقد فيه بشرط إلا أن يقرب مكانه أو يكون مما يؤمن تغيره من دار أو أرض أو شجر فيجوز النقد فيه) [1]:

---

(١) قال الشيخ زروق: شروط بيع الغائب ثلاثة: أن يكون موصوفا أو معلومًا للمشتري على =

ظاهر كلام الشيخ أن التطوع بالنقد جائز، وهو كذلك كنظائره من بيع الخيار، وعهده الثلاث والمواضع وظاهر كلامه أيضًا أن القريب يجوز بالنقد فيه سواء كان حيوانا أو غيره، وهو أحد القولين فيهما.

أما الحيوان فحكى الخلاف فيه غير واحد، وأما القريب من غير الحيوان فزعم ابن الحاجب الاتفاق على الجواز وقبله ابن عبد السلام واعترضه بعض شيوخنا بأن في أول سماع يحيى بن القاسم من كتاب المرابحة لا يجوز لمن ابتاع طعامًا غائبًا بعينه أن يوليه أحدا ابن رشد يحتمل قوله هذا على القول أن النقد في الغائب، وإن قربت غيبته لا يجوز في المقدمات في جواز شرط النقد في العروض القريبة قولان ومثله لخليل قال لاختلاف قول مالك في قريب الغيبة ذكره ابن رشد، واختلف في حد القرب في الحيوان على خمسة أقوال: يوم ويومان ونصف يوم وبريد وبريدان، وظاهر كلام الشيخ أن الدور والأرضين يجوز اشتراط النقد فيهما، وإن بعدتا، وهو كذلك في المشهور.

ونقل ابن الحاجب منعه عن أشهب.

قال ابن عبد السلام، ولست أذكر الآن الموضع الذي حكى أشهب فيه مثل ما حكاه المؤلف، وأجاب بعض شيوخنا بأن ابن حارث نقله عنه قال: قال أشهب: إن كان بعيدًا لم يجز النقد فيه كان المبيع دارًا أو ما كان من شيء ولم يحفظه خليل إلا بنقل الباجي عنه، ولم يذكر كلام ابن عبد السلام.

(والعهدة في الرقيق جائزة إن اشترطت أو كانت جارية بالبلد):

=

المشهور وأن يكون في رؤيته كلفة على المشهور أيضًا وأن لا ينقد فيه بشرط إن كان على البت ومطلقًا إن كان على الخيار وقوله: (إلا أن يكون مما يؤمن تغيره) فيه أن ضمان الغائب من البائع وهو المشهور في غير الربع والعقار، وفي المدونة يختلف قول مالك في الربع أنه من المبتاع.

وفي قوله: (بشرط) أن التطوع جائز وهو ظاهر المدونة والتلقين وقيدها اللخمي إن كان بما يجوز بالمكيل والموزون لأن غيره غرر وكذا شرطوا كونه على البت إذ قالوا كل ما يتعجل قبضه عند أمد الخيار لا يجوز النقد فيه بشرط ولا دونه.

وهي مسائل أربع: المواضعة في الخيار وبيع الغائب على الخيار والكراء المضمون على خيار والسلم بخيار. وقد تقدم أن في الرسالة خمسًا لا يجوز النقد فيها بشرط وبقيت خمس هي بيع العقار مذارعة والحائط على عدد نخله وأجير لزرع ودابة معينين اشترطت منفعتهما بعد شهر الخامس الجهل فانظر أصولها.

يريد الشيخ أو يحمل السلطان الناس عليها، وما ذكره مع ما قلناه هي رواية المصريين، وروى المدنيون: يقضى بها في كل بلد وإن لم يعرفوها وعلى الإمام أن يحكم بها ولو على من جهلها وفي الموازية عن ابن القاسم: لا يحكم بها ولو اشترطوها ذكره ابن رشد.

قال اللخمي: ولو شرط إسقاطها حيث العادة ثبوتها فقيل: تسقط، وقيل: لا، ويتخرج قول بفساد العقد من فساد البيع بإفساد شرطه.

قلت: وأشار المازري لرده بأن ذلك في الشرط المتفق على فساده بخلاف المختلف فيه هنا والنفقة، والكسوة على البائع والغلة للمشتري على المشهور والشاذ للبائع وصوب، واختلف هل يلغى اليوم الذي وقع فيه البيع أم لا؟ على أربعة أقوال: فقيل: يلغى، رواه ابن القاسم، وقيل: لا يلغى بل يكمل من الرابع بقدر ما مضى منه رواه غيره، وقيل: إن عقد قرب طلوع الشمس حسب ذلك اليوم وإلا ألغي قاله ابن عبد البر.

وقيل: إن مر أكثر النهار ألغي وإلا حسب يومًا كاملاً حكاه عياض وتقدمت نظائره في القصر.

(فعهدة الثلاث الضمان فيها من البائع من كل شيء وعهدة الصفة من الجنون والجذام والبرص):

اعلم أن العهدة مخصوصة بالرقيق على المعلوم من المذهب وقول التادلي، وقيل: إنها في كل شيء لا أعرفه وكذلك أنكره بعض من لقيناه كما نقلته له.

(ولا بأس بالسلم في العروض والرقيق والحيوان والطعام والإدام بصفة معلومة وأجل معلوم):

السلم جائز بإجماع من حيث الجملة، واستدل ابن عباس على جوازه بقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية.

قال مالك: هذا لجميع الدين كله، واستشكل ابن عبد السلام رحمه الله تعالى الاستدلال بالآية من وجهين:

أحدهما: أن لفظ دين نكرة في سياق الثبوت فلا تعم ورده بعض شيوخنا بأنه في سياق الشرط فهي كالنفي فتعم ومثله لبعض من لقيناه قائلاً: نص على ذلك إمام

الحرمين في البرهان له.

الثاني: أن مقصود الآية إنما هو وجوب الكتب في أي دين ما وفي كل دين جائز لا أن كل دين جائز.

قلت: هذا بناء منه على الوجه الأول بنفي التعميم أما على ما اختاره غيره فالآية تدل على أن كل دين جائز إلا ما قام الدليل على تحريمه من غيرها، وفي الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: «**من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**»، وحده بعض شيوخنا بأنه عقد معاوضة بوجوب عمارته في ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين وأحد شروط السلم معرفة الأوصاف التي تختلف فيها القيمة اختلافا لا يتغابن بمثله في السلم فلذلك لا يجوز السلم في تراب المعادن ولا يقال الصواب جوازه في تراب معادن الذهب كبيعه في أحد القولين لأن الصحيح في بيعه أنه خلاف في حال وذلك أن ابن حمدون منع بيعه واحتج بأنه تراب ذهب مختلط فإن صح فلا يخالفه غيره ولا يقال يتخرج منه الخلاف في جواز قسمته؛ لأن القسمة تمييز حق على الصحيح.

فإن قلت: هل يتخرج الجواز من قول ابن عبد السلام؟

قد قدمنا أن أهل المذهب اختلفوا هل يجوز قرضه أم لا قلت: لا يتخرج ؛ لأن القرض معروف على أن قوله قد قدمنا أن أهل المذهب اختلفوا هل يجوز قرضه أم لا لم يذكره في البيع ولم يذكره فيما بعد في القرض فلا أدري أين ذكره ولا أعرفه من نقل غيره، وفي أخذه من كلام ابن يونس نظر في قوله قال يحيى بن عمر لا تجوز قسمته ولو جازت لجاز قرضه.

وقاله ابن عبد الحكم، ويحتمل أن يكون راجعا إلى ما قاله يحيى من عدم جواز قسمته لا إلى جواز قرضه والله أعلم.

ولا يجوز السلم في الربع على المنصوص وخرج بعض الشيوخ الجواز من قول أشهب يجوز السلم في فدادين القصيل، والبقول بصفة الطول والعرض والجودة والرداءة، وعبر المازري عن المنصوص بالمشهور مسامحة ورد التخريج بما حاصله أن إجازة أشهب السلم في القصيل على فدادين معلومة لا يلزم منه تعيين الموضع المشخص إذ لا أثر له في البيع، وإنما أثره في علم قدر المشترى من القصيل بمجموع مسافته وصفاته وخفته.

قال الفاكهاني: ولو اكتفى الشيخ أبو محمد بقوله الحيوان لأجزأه عن ذكر الرقيق.

(ويعجل رأس المال أو يؤخره إلى مثل يومين أو ثلاثة، وإن كان بشرط):

المطلوب تقديم رأس المال خوف الكالئ بالكالئ فإن لم يقدم فجوز في المدونة تأخير ثلاثة أيام بشرط نص على ذلك في بيع الخيار منها وعليه اعتمد الشيخ، وقال عبد الوهاب إنما يجوز يومان لا أكثر وحكى ابن سحنون وغيره من البغداديين قولاً بأنه إذا وقع التأخير بشرط فإنه لا يجوز مطلقًا، وهو اختيار ابن الكاتب، وعبد الحق، وصاحب الكافي ؛ لأنه ظاهر النهي عن الكالئ بالكالئ ولم يحك الباجي قول المدونة فاستدركه عليه ابن زرقون.

قال ابن يونس: قال بعض أصحابنا على القول بإجازة السلم إلى ثلاثة أيام لا يجوز تأخير رأس المال له اليومين ومثله لابن الكاتب.

وذكره الباجي غير معزو وكأنه المذهب وظاهر كلام الشيخ أنه إن تأخر أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز سواء كان بشرط أو بغير شرط، وهو كذلك.

وقيل: إن كان بغير شرط جاز التأخير ولو إلى حلول الأجل والقولان معًا لابن القاسم، وأما إن حصلت صورة القبض حسًّا، ولو لم تحصل معنى ففي مختصر ابن شعبان إذا وجد في رأس المال درهما ناقصًا انتقض من السلم بقدره.

قال ابن عبد السلام: وقد علمت أن هذا الباب أخف من الصرف باعتبار المناجزة فكل ما جاز في الصرف من هذا النوع كان متفقًا عليه أي: ومختلفا فيه فيجوز في هذا الباب أحرى.

وأما إن اطلع على أن بعض رأس المال نحاسًا أو رصاصًا أو زائفا فالمنصوص أنه يجوز للمسلم إليه البدل.

وقال أشهب: لم يكونا عملا على ذلك وليس بخلاف ويجوز تأخير البدل الثلاثة الأيام لا أكثر، وقال أشهب: يجوز أكثر بشرط أن يبقى من أجل السلم اليوم واليومان ولو اطلع على زائف فأخره به بشرط أمد بعيد فإن عثر على ذلك بعد يومين أمر بالبدل وفسخ تراضيهما وإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أيام كثيرة، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن يفسد السلم كله. وقيل: لا يفسد إلا ما قابله قاله أبو عمران.

(وأجل السلم أحب إلينا أن يكون خمسة عشر يومًا أو على أن يقبض ببلد آخر، وإن كانت مسافته اليومين أو ثلاثة):

اعلم أنه اختلف المذهب في أجل السلم على ستة أقوال:

أحدها: مقدار ما تتغير فيه الأسواق دون تحديد قاله مالك، وقيل: حده خمسة عشرة يومًا قاله ابن القاسم، وهو الذي عول عليه الشيخ في قوله أحب ولفظة أحب على الوجوب، وهذان القولان في المدونة قال فيها ولا يجوز للرجل أن يبيع ما ليس عنده إلا أن يكون على وجه السلف مضمونا عليه إلى أجل معلوم تتغير فيه الأسواق ولم يحد مالك فيه حدا، وإن الخمسة عشر يومًا في البلد الواحد.

قلت: وكان بعض أشياخي من القرويين يرد قول مالك إلى قول ابن القاسم ويرى أنه قصد به التفسير وهو ظاهر كلام ابن الحاجب لكونه لم يذكر قول مالك.

والصواب عندي حمله على الخلاف وهو اختيار ابن عبد السلام، **وقيل: يجوز** إلى يوم قاله ابن عبد الحكم، ورواه، وقيل: إلى اليومين قاله ابن وهب، **وقيل: يجوز إلى** خمسة أيام على ظاهر سماع عيسى بن القاسم في العتبية.

وقيل: يجوز إلى شهر لا أقل نقله المازري عن بعض الشافعية عن مالك، واستبعده وجمهور المذهب لم يحك خلافًا في منع السلم الحال ونقل ابن رشد عن سماع يحيى أن ذلك جائز، وذكره عياض في كتاب المرابحة عن مالك وعزاه المتيطي لرواية أبي تمام، ولم يحكه التونسي إلا بالتخريج من رواية ابن عبد الحكم بجوازه إلى يومين وعبد الوهاب من روايته إلى يوم وضعف بأن فيهما مطلق الأجل وأخذه غير واحد من قول المدونة في المرابحة يجوز البيع مرابحة والثمن عوض وأخذه بعضهم من الشفعة والثمن، كذلك قال بعض شيوخنا والأخذ الأول أظهر بأن بيع المرابحة بيع اتفاقًا، والأخذ بالشفعة يشبه الاستحقاق وفي شراء الغائب من المدونة ومن له عرض دين فباعه من رجل بدنانير أو دراهم فوجد فيها نحاسًا أو رصاصًا فله بدله والرضا به والبيع في ذلك تام فظاهره.

وإن أحل وهو نفس السلم الحال قال: وأصرح منه قول هباتها وكل دين لك من عرض أو عين فلك بيعه من غير غريمك قبل محله أو بعده بثمن معجل وظاهر كلام الشيخ إذا اشترط قبضه ببلدة أخرى إنه لا يشترط تسمية الأجل ولا الخروج عاجلا، وهو كذلك نص عليه في الموازية.

وقال ابن أبي زمنين: يشترط أحدهما، واختاره ابن يونس ومراد الشيخ بالبلدة إذا كانت بعيدة بحيث يكون تغيير الأسواق فيها لبعدها غالبا.

(ومن أسلم إلى ثلاثة أيام يقبضه ببلد أسلم فيه فقد أجازه غير واحد من العلماء وكرهه آخرون):

يعني: أنها إذا وقع السلم إلى ثلاثة أيام فاختلف فيه هل يمضي أم لا إلا أن في كلامه مسامحة وهو قوله أجازه، وكرهه، وأراد إمضاءه غير واحد وفسخه آخرون وعزا ابن يونس عدم الفسخ لأصبغ قائلاً: لأنه ليس بحرام ولا مكروه بين، وعزا الفسخ لمحمد قائلاً: أحب إلينا وعزاه غير واحد لأصبغ أيضًا، وهو ظاهر المدونة عند ابن رشد إلا أن ابن يونس صور المسألة فيما إذا وقع السلم إلى يومين وكلام الشيخ يقتضي أن اليومين لا خلاف أنه يفسخ فيهما إلا أن يقال ما قارب الشيء له حكمه.

وقال الفاكهاني رحمه الله تعالى: روايته في هذا الموضع يقبضه بالمضارع وفي بعض النسخ فقبضه ماض، ويختلف المعنى لاختلاف الروايتين فعلى المضارع يكون المعنى أنهما دخلا على ذلك وعلى الماضي يكون الأمر مبهما.

(ولا يجوز أن يكون رأس المال من جنس ما أسلم فيه):

اعلم أنه إذا أسلم الشيء في جنسه لا يخلو من ثلاثة أوجه:

الأول: إذا أسلمه في أزيد منه فهو سلف جر منفعة وهو لا يجوز.

قال ابن عبد السلام: وهذا بين على مذهبنا في اعتبار سد الذرائع، وأما من لم يعتبرها من أهل العلم فيجيزون التفاضل في العروض والحيوان نقدا أو إلى أجل، وفي الحديث عن عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز له جيشا فأمرني أن آخذ شاة بشاتين وأمرني أن آخذ بعيرا ببعيرين.

الثاني: سلم الشيء في أقل منه فلا يجوز أيضًا؛ لأنه ضمان بجعل كبعيرين في بعير إلى أجل أو ثوبين في ثوب من جنسهما إلى أجل؛ لأن أحد الثوبين المعجلين عوض عن المؤجل. وهو الثوب الثاني عن ضمان المؤجل، وذلك عوض عن المعروف وذلك لا يجوز بناء على اعتبار سد الذراع.

الثالث: إذا أسلم الشيء في مثله صفة ومقدارًا ففي ذلك قولان منعه في كتاب ابن المواز مطلقًا، وفي المدونة إن ابتغيت به نفع نفسك منه، وإن ابتغيب به نفع الذي أسلمت إليه جاز ولو أسلم رديئا في جيد أو العكس فإنه لا يجوز قاله في المدونة ؛ لأنه ضمان بجعل وسلف وجر منفعة وفي المدونة يجوز سلم فرسين سابقين في فرسين ليسا مثلهما.

(ولا يسلم شيء في جنسه أو فيما يقرب منه إلا أن يقرضه شيئًا في مثله صفة ومقدارًا والنفع للمتسلف):

قال الفاكهاني رحمه الله: انظر لأي شيء كرر سلم الشيء في جنسه والذي يظهر أنه ليس بين الكلامين تفاوت لأن رأس المال إذا كان حديدا مثلاً وأسلمه في حديد أيضًا صدق عليه أن يقال: إن رأس المال من جنس ما أسلم فيه، وأنه أيضًا أسلم الشيء في جنسه.

واعلم أن مثل الأول كالحيوان المأكول اللحم إن لم يكن فيه عمل مقصود، ولا منفعة مقصودة فصغيره وكبيره سواء لا يجوز أن يسلم حجل في يمام وكالبقر لا يجوز أن يسلم بقرة في بقرتين إلا أن يسلم البقرة القوية على العمل الفارهة في الحرث وشبهها في حواشي البقر قاله في المدونة.

قال الباجي: تسلم البقرة القوية على الحرث في ذكور البقر اتفاقًا، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الإناث، وحكى ابن حبيب أن المقصود كثرة اللبن فعلى ما ذكره يجوز سلم البقرة الكثيرة اللبن، وإن كانت قوية على الحرث في الثور القوي عليه.

وفي المدونة: لا يسلم الضان في المعز ولا العكس إلا غنما غزيرة اللبن موصوفة بالكرم فلا بأس أن تسلم في حواشي الغنم.

وقيل: إن كثرة اللبن في الغنم لغو قاله ابن حبيب، وغيره، ومثال الثاني كسلم البغال في الحمير وثوب القطن في الكتان المتقاربين، وفي ذلك قولان.

واختلف المذهب في سلم السيف الجيد في الرديء ففي المدونة الجواز وقال سحنون بالمنع، وهذا الفصل متسع جدًّا ومحله المدونة قال التادلي: ويقوم من كلام الشيخ افتقار القرض لأن يكون بلفظه وفيه قولان، ويؤخذ منه جواز اشتراط ما يوجبه الحكم من قوله في مثله صفة ومقدارًا لأن الصفة والمقدار مما يوجبه الحكم وإن لم يقع العقد عليهما في القرض، واختلف في فساد العقد به إن وقع واشترط على ثلاثة أقوال ثالثها: يمنع في الطعام فإن وقع فسخ.

(ولا يجوز دين بدين):

اعلم أن حقيقة بيع الدين بالدين أن تتقدم عمارة الذمتين أو إحداهما على المعاوضة كمن له دين على رجل، وللثاني دين على ثالث وللثالث دين على رابع فباع كل واحد من صاحبي الدين ما يملكه من الدين بالدين الذي على الآخر، وكذلك لو

كان لرجل على رجل دين فباعه من ثالث بدين.

(وتأخير رأس المال بشرط إلى محل السلم أو ما بعد من العقدة من ذلك):

اعلم أن هذا يسمى عند أهل المذهب ابتداء الدين بالدين وهو إذا لم تعمر الذمة إلا عند المعاوضة والبعد الذي أراد الشيخ إذا كان أكثر من ثلاثة أيام على حسب ما تقدم قبل هذا.

(ولا يجوز فسخ دين في دين وهو أن يكون لك شيء في ذمته فتفسخه في شيء آخر لا تتعجله) [(١)]:

اعلم أن فسخ الدين في الدين هو أن يكون الدينان من جنس واحد والذي يفسخ فيه أكثره ويكونان من جنسين مختلفين وذلك إذا باع دينه من الذي هو عليه.

وكلام الشيخ فيه تقديم التصديق على التصور وقد علمت ما فيه وظاهر كلامه سواء كان الذي فسخه فيه مضمونا أو منافع فأما المضمون فلا خلاف فيه وكذلك المنافع غير المعينة وأما المنافع المعينة كمن له دين على رجل ففسخه في ركوب دابة معينة فاختلف في ذلك، والمشهور قول ابن القاسم أنه لا يجوز وأجازه أشهب، وقيل: إنه جائز إذا كان العمل يقتضي قبل الأجل أو إلى الأجل، وأما إن كان يتأخر بعد الأجل لم يجز وهذا معنى ما قاله مالك في كتاب محمد، وكذلك اختلف ابن القاسم وأشهب في بيعه بدار غائبة أو بجارية تتواضع أو بثمرة يتأخر جدادها.

قال في المدونة: ومن لك عليه ألف درهم حالة فاشتريت منه بها سلعة حاضرة بعينها فلا تفارقه حتى تقبضها فإن دخلت بيتك قبل أن تقبضها فالبيع جائز، وتقبضها إذا خرجت، وقال في البيوع الفاسدة وكل دين لك على رجل من دين بيع أو قرض

---

(١) قال الشيخ زروق: يعني أن تأخير رأس مال السلم بشرط إلى محل القبض من باب دين بدين لأنه داينه بالمبيع على أن يداينه بالثمن وقد جاء في الحديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ يعني الدين بالدين رواه إسحاق بن راهويه والبزار بإسناد ضعيف ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الدين بالدين لا يجوز. (ع) وحقيقته بيع شيء في ذمته بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر، وهو معنى قولهم: ابتداء الدين بالدين، وهو ملزوم لتعدد الذمة قال: ووجهه كصريحه كوجه الظهار والتفليس وغيرهما لا كوجه الشغار، وأما ما تقدم فيه تقرر الذمة فيسمى فسخ الدين في الدين، ويدخل في الدين بالدين ثلاثة أوجه: ابتداء الدين بالدين وهو قد تقدم تفسيره ومنعه بالإجماع وبيع الدين بالدين وهو محرم بالسنة المجمع على إعمالها وله صورة وفسخ الدين بالدين في الدين وهو محرم القرآن لدخوله في ربا الجاهلية.

فلا تفسخه عليه إلا فيما تتعجله فإن أخذت به منه قبل الأجل أو بعده سلعة معينة فلا تفارقه حتى تقبضها وإن أخرتها لم يجز.

قال عياض: قال سحنون: مسألة هذا الكتاب خير من الأخرى وقاله يحيى بن عمر، وذهب إلى أنه اختلاف من قوله، وذهب فضل وابن أبي زمنين والأندلسيون إلى الفرق بينهما، وأن الأولى حاضرة المجلس كما نص عليه في الكتاب فصارت في ضمان المشتري لحضورها والأخرى لم يحضر ولم تدخل في الضمان وبقيت في ضمان البائع فصارت ذمة بذمة وتأول القرويون المسألة على غير هذا وخطئوا هذا التأويل قالوا: لأن ما يسقط الضمان هنا لا يتنزل منزلة القبض كما أنه لا يجوز له أن يأخذه في دينه عقارا غائبا، وإن دخل في ضمانه بالعقد.

قالوا: إنما الفرق بينهما قرب أمد هذه المسألة إنما هو دخول البيت ودخول البيت، والخروج منه قريب، ومسألة البيوع الفاسدة بعد أمد التفريق بينهما.

(ولا يجوز بيع ما ليس عندك على أن يكون عليك حالا):

قد قدمنا أن السلم الحال لا يجوز على المشهور المنصوص وهذا ما لم يكن الغالب وجوده عند المسلم إليه فإن كان الغالب وجوده فإنه يجوز أن يسلم إليه على الحلول إجراء له مجرى النقد كالقصاب والخباز الدائم، وأخذ اللخمي منه جواز السلم على الحلول وأجيب بأنه إنما أجيز هنا لتيسره عليهم بخلاف غيرهم.

(وإذا بعت سلعة بثمن مؤجل فلا تشترها بأقل منه نقدا أو إلى أجل دون الأجل الأول ولا بأكثر منه إلى أبعد من أجله، وأما إلى الأجل نفسه فذلك كله جائز وتكون مقاصة):

قال ابن الحاجب: بيوع الآجال لقب لما يفسد بعض صوره منها لتطرق التهمة فإنهما قصدا إلى ظاهر جائز ليتوصلا به إلى بطن ممنوع حسما للذريعة، واعترضه ابن عبد السلام بأنه غير مانع لقوله هذا الكلام وإن كان شاملا لبياعات الآجال إلا أنه يدخل تحته كثير من البياعات الممنوعة عند أهل المذهب وإن لم تكن من بياعات الآجال كصرفك فضة رديئة من رجل بذهب ثم تشتري منه بذهب فضة طيبة هي دون الأولى في الوزن وذلك في مجلس واحد، وفي مجلسين متقاربين، ومثل هذا في الأطعمة كثير وكاقتضاء الطعام من الطعام المخالف له في القدر والجنس وغير ذلك مما لا يحصى كثرة في المذهب.

وأجاب الشيخ خليل بأن في صدر الكلام ما يخرج ما ذكره لأن قوله لقب لما يفسد معناه لقب لصور مخصوصة من بيوع الآجال يفسد بعضها للتهمة، وتلك الصور المخصوصة مذكورة في الباب، وليست الصورتان وشبههما منها وذكر أهل المذهب طرقًا في الدليل على اعتبار سد الذرائع وأحسنها أن الأمة اجتمعت على المنع من بيع وسلف، وذلك أن البيع على انفراده جائز إجماعا، وكذلك السلف على انفراده إجماعا، والإجماع على المنع من اجتماعهما في عقد واحد فإذا ثبت ذلك فالمنع ليس لأجل هذا العقد، وإنما هو للهيئة الاجتماعية، وليس ذلك المنع لذاتها لأن الأحكام الشرعية إنما تتبع غالبًا فيتعين أن يكون الحكم بالمنع تابعًا للصفة في هذا العقد، ولا معنى بعد البحث إلا ما يتقى في هذا العقد أن يكون أسقط شيئًا من الثمن أو زيد فيه لأجل انضمامه وهذا هو القول بسد الذرائع من حيث الجملة، فلم يبق بعد ذلك نظر إلا في تحقيق الذريعة فحيث تحققت منع منها.

ولابن عبد السلام اعتراضات على هذا الدليل لم أذكر كلامه لطوله، وقد أكثر أهل المذهب الكلام في هذا المذهب وهو من أصعب كتب المالكية ولا سيما من ابن الحاجب، ولقد أخبرني بعض من لقيناه عن شيخه القاضي الحافظ أبي العباس أحمد بن حيدرة رحمه الله أنه كان يأمر طلبته أن لا ينظروا على كلام ابن الحاجب في هذا الباب شيئًا لابن عبد السلام ولا غيره فلما أخذ مرة يقرر كلامه في بياعات أهل العينة، قال كلامه مجحف هنا فيما قال ابن عبد السلام عليه فقالوا: إنما لم ننظره امتثالا لأمرك فأمر القارئ بالوقف وأمرهم أن ينظروا كلام الشيخ وأقرأهم المسألة من الغد.

(ولا بأس بشراء الجزاف فيما يوزن أو يكال سوى الدنانير والدراهم ما كان مسكوكًا وأما نقار الذهب والفضة فذلك فيهما جائز):

ظاهر كلام الشيخ، وإن قل الطعام وحضر المكيال أن الجزاف جائز وهو كذلك نص عليه ابن حارث ويشترط في الجزاف أن يكون المتبايعان عالمين بالحوز وجاهلين بقدر المبيع من كيله أو وزنه أو عدده.

قال المازري: ولا يصح ما في كتاب ابن حبيب من جواز الجزاف في الأترج والبطيخ وإن اختلفت آحاده بالصغر والكبر؛ لأنه تقصد آحاده فيمتنع لذلك إلا أن يكون الثمن عند المتعاقدين لا يختلف باختلاف صغره وكبره فإن علم البائع بقدر المبيع أو علم المشتري به عند الشراء فلا يجوز ذلك وإن رضي به.

ونقل ابن زرقون عن سحنون جوازه، ولو لم يظهر ذلك للمشتري إلا بعد البيع فإنه بالخيار بين إمضائه وفسخه، وذهب الأبهري إلى تحتم الفسخ، قال المازري: وهو ممن انفرد به وناقض ابن القصار قولهم: إنه بالخيار إذا اطلع عليه مع قولهم ذكره في العقد مانع من الخيار بل يتحتم الفسخ وأجابه عبد الوهاب بأن العيب قد يكون ذكره في العقد يوجب فسادا؛ لأنه يوجب غررًا بخلاف إذا اطلع عليه بعد البيع فإنه كالعيب كما قال سحنون فيمن باع أمة وشرط أنها مغنية: إن البيع فاسد ولو اطلع على ذلك بعد لم يفسد وكان له الخيار وتمم خليل قول سحنون بما إذا كان القصد من ذلك زيادة الثمن ولو كان القصد التبري فإنه جائز.

وظاهر كلام الشيخ أن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافا سواء كان التعامل بها وزنا أو عددا، وهو أحد الأقوال الثلاثة، وقيل: إنه يجوز بالإطلاق، قاله ابن عبد السلام، وقيل: إن كان التعامل بها وزنا جاز وعددا لا يجوز وهو المشهور وظاهر كلامه أن الفلوس يجوز بيعها جزافا، وليس كذلك بل حكمها حكم النقدين قاله ابن بشير وغيره.

(ولا يجوز شراء الرقيق والثياب جزافا، ولا ما يمكن عده بلا مشقة جزافا):

يؤخذ من كلام الشيخ أنه يمتنع الجزاف في كبير الحيتان ؛ لأنه مما يمكن عدده بلا كبير مشقة، وهو كذلك نص عليه في كتاب ابن المواز، ويدخل فيه الخشب المجموع بعضها على بعض ؛ لأنه مما يخف عدده.

(ومن باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع، وكذلك غيرها من الثمار):

ما ذكر الشيخ من أن النخل إذا أبرت هي للبائع هو المذهب ما لم يكن لفظ يدل على دخول الثمرة فتكون للمشتري كالنص.

قال ابن عات عن ابن عتاب: أفتى ابن الفخار فيمن باع ملكًا في قرية، وفي الملك شجرة زيتون طاب ثمرها، ولم يشترطه المبتاع إلا أن في الوثيقة اشترى فلان من فلان جميع ما حوت أملاكه من الأرض والشجر ولم يذكر الثمرة فطلب المبتاع أخذها أنها له واحتج بأن الشجر نفسه لو لم يذكر في الابتياع لدخل فيه وتبع الأرض فإذا دخلت الأصول في الشراء فأحرى الثمرة. قال ابن عات: لم يذكر ذلك رواية ولم يسأل عنه إذا كان لا يجتر أعلى سؤاله، وكان حافظا ذاكرا للرواية، ولم أزل أطلب ذلك.

رواية فلما امتحنت بالفتوى، ونزلت هذه المسألة في دار بيعت وفيها نخلة

مزهية فأفتيت بما كنت سمعته منه وخولفت في ذلك ولم أزل أطلبها إلى أن ظفرت بها في كتاب الشروط لابن عبد الحكم قال: من الناس من يقول من اشترى دارًا بما فيها وفيها نخلة فالثمرة للمشتري ولو طابت. وأما نحن فنجعل ذلك للبائع إلا أن يشترطه المبتاع تبعًا للسنة.

قال ابن عات: والذي أقول به ما شهدت به الفتوى ونفذ به الحكم.

قلت: واعترض بعض شيوخنا كلامه بأن ظاهر قوله ظفرت بها بأنه ظفر بما يوافقه، وحاصل ما ذكر أنه ظفر بما يخالفه.

وقال المتيطي: المشهور من المذهب والمعمول به أن الثمار المأبورة لا تندرج في الشجر.

وقال ابن الفخار: هي للمبتاع، واحتج بأن الشجرة لو لم تذكر في الابتياع لدخلت فيه، وكانت تبعًا للأرض.

وقال ابن عات: وبه كنت أفتي. قلت: ووهمه بعض شيوخنا من وجهين:

أحدهما: أن تصور مثل هذا فاسد ؛ لأنه قياس في معرض النص والإجماع على بطلانه، وروى مسلم عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم قال: كان رسول الله ﷺ يقول: «**من ابتاع نخلا بعد أن أبرت فثمرها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع**»[1]، وهو في الموطأ والترمذي وغيرهما.

الثاني: فهمه قولي الشيخين على ذلك، وليس كذلك في مسألتي الأرض والدار لخاصية فيهما، وهي اشتمالهما على لفظ دل على اشتراط المبتاع الثمرة لأن مسألة ابن الفخار هي من باع جميع ما حوته أملاكه، ولفظ جميع ما احتوته أملاكه كالنص في دخول الثمرة وكذلك مسألة ابن عات لقوله ونزلت هذه المسألة وأجابه بعض من لقيناه بأن احتجاج ابن الفخار يدل على إلقاء وصف معنى جميع ما احتوته أملاكه إذا لم يعمل به.

(والإبار التذكير):

وهو عبارة عن ثبوت ما يثبت وسقوط ما يسقط.وقيل: هو جعل الذكار في النخل.

(وإبار الزرع خروجه من الأرض):

ما ذكر الشيخ صرح المتيطي بأنه المشهور وهو أحد الأقوال الخمسة، وقيل:

(١) رواه البخاري (٢/٨٣٨)، ومسلم (٣/١١٧٣)، والترمذي (٣/٥٤٦).

إباره بذره في الأرض نقله ابن عبد البر عن مالك، وقيل: أن يستقل ويبرز. حكاه ابن رشد، وقيل: إذا أخذه الحب ووقع في الأسدية وهو أحد قولي ابن عبد الحكم، وقيل: هو إذا سنبل حكاه التادلي.

(ومن باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع):

ما ذكره الشيخ صحيح لا أعلم فيه خلافًا، وأخرج أهل المذهب ثياب مهنة العبد في كونها للمشتري لأجل العرف، واختلف إذا اشترط البائع ثياب المهنة لنفسه هل يوفي بالشرط، وهي رواية ابن القاسم أو يبطل الشرط،وهي رواية أشهب، قال ابن مغيث في وثائقه، وبه مضت الفتوى عند الشيوخ المتيطي وغيره، وهذه إحدى المسائل الست التي قال مالك فيها بصحة البيع، وبطلان الشرط.

وثانيها: من اشترى أرضًا بزرعها الأخضر على أن الزكاة على البائع.

وثالثها: البيع على أن لا مواضعة على البائع.

ورابعها: البيع على أن لا عهدة عليه.

وخامسها: البيع على أن المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بينهما.

وسادسها: اشتراط عدم القيام بالجائحة.

قال ابن عبد السلام خلافًا لما في السليمانية من أن البيع جائز، والشرط جائز واعترضه خليل بنقل اللخمي عنها أن البيع فاسد وزاد سابعة وهي إذا اشترط على المشتري ما لا غرض فيه ولا مالية فإنه يلغى.

واعلم أن مال العبد بالنسبة إلى بيعه به كالعدم على المعروف فيجوز أن يشتري بالعين وإن كان ماله عينا، واختار اللخمي اعتباره وكأنه هو الأقرب لقصد الناس إليه، وعلى الأول فقال عبد الحق لو كان في ماله جارية حامل منه واستثناها مبتاعها فإنها تتبعه ويبقى ولدها لبائعها ويصح بيعه كما لو كان ماله عبدًا آبقًا أو بعيرا شاردًا واختلف المذهب إذا اشترى العبد أو لا ثم أراد أن يشتري ماله فقيل: يجوز كما يجوز به شراؤه معه قاله ابن القاسم.

وقيل: لا رواه أشهب وقيل بالأول إن قرب، وبالثاني: إن بعد قاله ابن القاسم أيضًا حكى هذه الأقوال الثلاثة ابن رشد قائلاً: رجعت عن جعل الثالث مفسرا للأولين وأن الخلاف في القرب لا في البعد إلى كون الأقوال ثلاثة وفي كتاب العيوب سمع ابن القاسم لا والله لا يجوز لمشتري حائط أبرت ثمره اشتراء ثمرته بعده كاستثنائها مع أصلها قبل بدو صلاحها.

وحصل ابن رشد فيها ثلاثة أقوال كما تقدم.

(ولا بأس بشراء ما في العدل على البرنامج بصفة معلومة):

البرنامج بفتح الباء وكسر الميم وما ذكر الشيخ من أنه جائز هو نص الموطأ والمدونة وغيرهما، وروى ابن شعبان: أنه لا يجوز ونقل العتبي عن أصبغ.

قلت لابن القاسم من ابتاع قلل خل مطينة لا يدري ما فيها ولا ملأها قال: إن كان مضى عليه عمل الناس أجزأته كأنه لا يرى به بأسا.

وقال أصبغ: لا بأس به ؛ لأن فتحه فساد أصلاً وذوق واحد منه وبيعه عليه صواب.

وقال ابن رشد: جوازه على الصفة من خل طيب أو وسط كجواز بيع البرنامج والثوب الرفيع الذي يفسده النشر على الصفة.

وقوله: مطينة لا يدري ملأها أي لا يدري هل هي ملأى أو ناقصة فلذلك لا يجوز لأنه بيع جزاف غير مرئي.

(ولا يجوز شراء ثوب لا ينشر ولا يوصف أو في ليل مظلم لا يتأملانه ولا يعرفان ما فيه):

قال ابن المواز: اختلف قول مالك هل يجوز بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة أم لا؟ على قولين:

قلت: وحكى التادلي قولاً ثالثًا بالفرق بين أن يخرج طرفه فيجوز وإلا فلا، وما ذكره لا أعرفه، ولا يشبه قول ابن عبد البر بيع الثوب في طيسه دون أن ينظر إليه لا يجوز عند الجميع؛ لأنه من معنى بيع الملامسة فإن عرف ذرعه طولا وعرضًا ونظر إلى الشيء منه، واشترى على ذلك جاز فإذا خالف كان له القيام كالعيب ؛ لأنها مسألة أخرى ولذلك لم يحك فيه خلافًا وعرضت هذه على بعض من لقيناه فأقره واستحسنه.

وقال اللخمي: إن كان لا مضرة في إخراجه من جرابه جرى على الخلاف في بيع الحاضر على الصفة وإن كان فيه مضرة جرى على الخلاف في بيع البرنامج قال المتيوي وقول الشيخ في ليل مظلم يدل على الجواز في ليل مقمر وأباه أبو محمد صالح وتمسك بقول المدونة ولا يجوز شراء في ليل ولم يقيده.

(وكذلك الدابة في ليل مظلم):

قال التادلي: الحيوان المأكول اللحم يجوز شراؤه ليلا ؛ لأنه يدرك سمنه باللمس قال: ويقوم من هنا أنه لا يجوز شراء الأعمى.

قلت: وقد قدمنا الخلاف في ذلك على نقل المازري، وما يتعلق به فانظره.

(ولا يسوم أحد على سوم أخيه، وذلك إذا ركنا وتقاربا لا في أول التساوم):

الأصل في هذا ما خرجه مالك ومسلم وأبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يبع بعضكم على بيع بعض**[1]».

قال ابن حبيب: إنما النهي للمشتري لا للبائع، وقال الباجي: يحتمل حمله على ظاهره فيمنع البائع أيضًا أن يبيع على بيع أخيه، وإنما خصصه ابن حبيب بالمشتري ؛ لأن الإرخاص مستحب مشروع وما ذكره الشيخ من أن معناه إذا ركنا وتقاربا هو معنى قول مالك في الموطأ، إنما النهي إذا ركن البائع للسائم وجعل يشترط وزن الذهب والتبري من العيوب وشبه ذلك ما يعرف به أن البائع إنما أراد المبايعة للسائم.

وقول الشيخ على بيع أخيه طردي لنقل الباجي عن رواية ابن المواز الذمي كالمسلم واختلف إذا وقع هل يفسخ أم لا؟ على ثلاثة أقوال: فقيل: يفسخ مطلقًا وقيل: عكسه رواه ابن حبيب وحكاه ابن يونس عن ابن القاسم، وقيل: يفسخ ما لم يفت قاله ابن عبد البر، وسمع سحنون بن القاسم يؤدي فاعل ذلك فأطلقه ابن رشد، وابن يونس، وقال الباجي لعله يريد من يتكرر منه ذلك بعد الزجر.

قلت: وهذا كالنص في أن النهي محمول على التحريم، وقول التادلي قيل: محمول على الكراهية وقيل: على التحريم لا أعرفه وقول ابن وهب يزجر ولا يؤدب وإن كان عالما بمكروهيته ولا يثبته ؛ لأنه أراد تحريمه بقوله يزجر، وكذلك قول مالك لا يفسخ لقوله وليستغفر الله.

(والبيع ينعقد بالكلام وإن لم يفترق المتبايعان):

ما ذكر الشيخ هو المشهور قال ابن شاس، وابن الحاجب، وبه قال الفقهاء السبعة واعترضه خليل بأن سعيد بن المسيب هو من الفقهاء السبعة بلا خلاف وهو قائل بخيار المجلس كقول ابن حبيب لا ينعقد البيع إلا بعد الافتراق من المجلس ذكره المازري، وصاحب الإكمال وتكلم الناس في قول مالك بسبب مخالفته للحديث مع كونه رواه حتى قال ابن أبي ذئب فيه على طريق المبالغة إن لم يرجع عن قوله يضرب عنقه، وقد أطال المازري في الاعتذار عن مالك فمن شاء فلينظره ولا خصوصية لقول الشيخ ينعقد بالكلام بل وكذلك بالمعاطاة والإشارة قاله التادلي.

---

(١) رواه البخاري (٢/٧٥٢).

(والإجارة جائزة إذا ضربا لذلك أجلاً وسميا الثمن):

قال بعض شيوخنا: الإجارة بيع منفعة ما يمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبعض كتبعضها فيخرج كراء الدور والسفن والرواحل والقراض والمساقاة والمغارسة والجعل، وقول عبد الوهاب هي معاوضة على منافع الأعيان لا يخفى بطلان طرده، ونحوه قول عياض بيع منافع معلومة بعوض معلوم.

قال محمد بن المواز: هي جائزة إجماعا قال ابن يونس: وخلاف الأصم فيها كالعدم ؛ لأنه مبتدع، واستدل غير واحد على جوازها بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦]، وقال تعالى ﴿ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾ [القصص: ٢٧]. وقال تعالى: ﴿ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا ﴾ [الزخرف: ٣٢]، وقال صلى الله عليه وسلم: «من استأجر أجيرا فليعلمه أجره»[١].

وقال: «أوفوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[٢]، وهي من العقود اللازمة باتفاق وظاهر كلام الشيخ إذا لم يسميا الثمن لم يجز وهو كذلك إلا أن يكون العرف لا يختلف فيجوز وفي سماع ابن القاسم لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر إذا فرغ أرضاه بشيء.

قال ابن رشد: لأن الناس استأجروه كما يعطى الحجام والحمامي، والمنع منه حرج في الدين وغلو فيه وكره النخعي أن يستعمل الصانع إلا بشيء معلوم، وقاله ابن حبيب.

(ولا يضرب في الجعل أجل في رد آبق أو بعير شارد أو حفر بئر أو بيع ثوب ونحوه ولا شيء له إلا بتمام العمل):

قال ابن رشد: الجعل جعل الرجل جعلا لرجل على عمله إن لم يكمله لم يكن له شيء، وانتقده بعض شيوخنا بالقراض وحده بأن قال معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعض فتخرج الإجارة والمساقاة لاستحقاق بعضها ببعض فيهما والقراض لعدم وجوب عوضه لجواز تجره ولا ربح.

---

(١) رواه البخاري (٢/٧٩١).

(٢) رواه ابن ماجه (٢/٨١٧).

واستدل غير واحد لجواز الجعل بما رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: انطلق نفر من أصحاب رسول الله ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا بكل شيء فلم ينفعه شيء فقال بعضهم: لو أتينا هذا الرهط الذين أضافونا لعل أن يكون عندهم بعض شيء فأتوهم فقالوا: أيها الرهط: إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شيء فلم ينفعه شيء فهل عندكم من شيء؟ فقال بعضهم: إني والله لأرقي، ولكن والله لقد استضفناكم فلم يضيفونا فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا فصالحوهم على قطيع من الغنم فانطلق فتفل عليه، وقرأ الحمد لله رب العالمين إلى آخرها فقام فكأنما نشط من عقال فقال: فانطلق يمشي وما به علة قال: فأوفوهم جعلهم الذي جاعلوهم عليه فقال بعضهم: اقسموا، وقال بعضهم: لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ فنذكر الذي كان فننظر ما يأمر به فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له ذلك فقال: «**وما يدريك أنها رقية**» ثم قال: «**قد أصبتم اقسموا واضربوا لي معكم بسهم** - وضحك رسول الله ﷺ - »[1].

قال بعض شيوخنا: وفي الاستدلال به على الجعل نظر لجواز أن يكون إقراره عليه الصلاة والسلام إياهم على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية.

قلت: لا نظر فيه ؛ لأن قوله عليه الصلاة والسلام: «**وما يدريك أنها رقية**» مع قوله عليه الصلاة والسلام: «**إن أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله**» يقتضي صرف ما أخذوه للرقية، ولا خلاف في جوازه فيما قل، واختلف فيما كثر فنقل ابن رشد عن المذهب الجواز. قال: وقول عبد الوهاب وغيره بمنعه غير صحيح.

قلت: قال بعض شيوخنا والروايات عامة فإن اشتراط الجعل على البيع تسمية الثمن أو تفويضه للمجعول له وهو نقل ابن رشد، وابن يونس عن المذهب فيجب تقييد المدونة بجواز الجعل في بيع قليل السلع بالبلد سموا لها ثمنا أم لا بالتفويض له فيه.

قال ابن يونس عن بعض القرويين معنى قول المدونة لا يجوز الجعل على بيع كثير السلع والدواب: أنه لا يأخذ شيئًا إلا ببيع جميعها وهو عرفهم، ولو كان على ما باع فله قدره من الجعل أو على أنه إن شاء ترك وسلم الثياب جاز وكذلك قوله يجوز

---

(١) رواه البخاري (٤/١٩١٣).

الجعل على شراء كثير السلع يريد لأنه كلما اشترى أخذ بحسابه وهو عرفهم ولو كان لا يأخذ شيئًا إلا بعد شراء الجميع لم يجز ابن يونس، ونحوه لابن المواز.

(والأجير على البيع إذا تم الأجل ولم يبع وجب له جميع الأجر وإن باع في نصف الأجل فله نصف الإجارة):

قال ابن يونس في المدونة: من آجر من يبيع له متاعه شهرا فباعه قبل الشهر فليأته بمتاع آخر ليبعه له لتمام الشهر.

قال محمد بن المواز: هذا إن لم يكن متاعا بعينه، وكذلك القمح وغيره ويجوز فيه النقد والمعين لا يجوز فيه النقد، وإن باع في نصف الأجل فله بحسابه.

قلت: ولهذا قال التادلي يريد الشيخ بيع المعين كالدابة لا المضمون قائلاً، وظاهره شرط فيه الخلف أم لا وهو المشهور وقيل: لابد من اشتراط الخلف فيها، وإلا فهي فاسدة.

واعلم أنه اختلف المذهب إذا باع رجل نصف ثوب على أن يبيع مشتريه باقيه لبائعه هل يجوز أم لا؟ على أربعة أقوال: فقيل ذلك جائز مطلقًا، قاله في الموطأ، وبه قال ابن لبابة.

وقيل: لا يجوز وقاله ابن المواز، وقيل: إن ضرب أجلا للبيع جاز وإلا فلا، وهو المشهور وكلا هذين القولين في المدونة عن مالك وقيل: إن ضرب الأجل كره وإلا جاز رواه في مختصر ما ليس في المختصر، وحمل بعض شيوخنا الكراهة على التحريم، وهو ظاهر كلام ابن الحاجب لقوله: ورابعها عكسه، وفي المدونة: تجوز الإجارة على بيع سلع كثيرة على أنه بالخيار شهرا ولا ينقد بشرط.

قال ابن يونس: يريد ولا تطوعا، وقال بعض المغاربة: يجوز مع التطوع، وقال سحنون: إنما يجوز خيار ثلاثة أيام فقط، وقال حمديس: بل إذا كان شهرًا فسدت ومعنى المدونة بعتها على حساب الشهر كذا.

وقيل: معناها أنه بالخيار ما لم يعمل قاله القابسي.

قلت: ومن هذا أخذ بجواز الكراء على قبول الزيادة مطلقًا، وقال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى: الصواب تحريمه فيما يكثر الغرر فيه وذلك في الحمامات، والأفران والكوش فإن معظم كرائها إنما هي للأعياد فيزاد على المكتري قرب الموسم فيلحقه في ذلك ضرر شديد.

(والكراء كالبيع فيما يحل ويحرم):

قال التادلي: ما ذكر الشيخ ليس على إطلاقه فإن الكراء على وجهين: مضمون ومعين، فالمضمون كدابة مكتراة وهو جائز نقدا وإلى أجل إذا شرع في الركوب وإن لم يشرع في الركوب كالكراء في سفر الحج في غير وقته فإنه لا يجوز وإلا بالنقد ؛ لأنه سلم، وقد أرخص مالك في دفع الدينار والدينارين ويتأخر الباقي إلى أن تشرع في الركوب، واختلف في جواز ذلك لغير الحاج على قولين وهذا بخلاف البيع؛ لأنه دين بدين والمعين كالدابة يسلمها إليه بعينها وفي تعيينها بالإضافة كدابتك قولان فيجوز كراؤها بنقد أو إلى أجل إذا شرع في الركوب وإن لم يشرع فإن تأخر يسيرا فقولان.

وحد اليسير: قيل: عشرة أيام، وقيل: أقل من ذلك.

(ومن اكترى دابة بعينها إلى بلد فماتت انفسخ الكراء فيما بقي وكذلك الأجير يموت والدار تنهدم قبل تمام مدة الكراء):

اعلم أن الموت وصف طردي والمراد إذا تعذر السفر بها كما إذا مرضت أو استحقت أو سرقت وكذلك رجوعه لخوف الطريق أو لحمل واد، واختلف إذا غصب المكترى من يد مكتريه هل له في ذلك مقال أم لا فقيل له ذلك، ويسقط عنه الكراء من حينئذ قاله مالك في سماع ابن القاسم.

وقيل بل هي جائحة نزلت بالمكترى نقله ابن الحارث عن سحنون واختار: إن قصد الغاصب غصب الرقاب فالأول وإن قصد غصب المنافع، فالثاني وضعف، وقيل: إن المصيبة من المكتري إلا أن يكون سلطانا ليس فوقه سلطان لا يمنعه منه إلا الله تعالى قاله ابن القاسم، وعبد الملك في المجموعة وجعله ابن رشد تفسيرًا السماع ابن القاسم قائلاً: لأنه إن أخرجه من يقدر على الامتناع منه فرفعه لم يمنعه منه فلم يفعل فكأنه أسلم ذلك إليه قال ابن عبد السلام وينبغي أن يكون ذلك مقصورا على ما إذا غصبت المنفعة أو الرقبة بعد قبض المكترى إياها وأما لو كان ذلك قبل القبض فتكون المصيبة من المكتري؛ لأن المكتري لم يتمكن من القبض ولو أقر المكتري بقبضه المكترى فإنه لا يقبل ذلك منه قاله ابن شاس وابن الحاجب.

وأخذه بعض شيوخنا من قول المدونة إذا أقر الراهن بجناية العبد الرهن بعد رهنه لا يقبل على المرتهن قائلاً: ويخير المقر له بغصب العبد المكترى في إمضاء الكراء فيستحق ما أكرى به في تضمينه قيمة العبد إن طالت مدة إجارته لا مطلقًا خلافًا لبعضهم وما ذكر الشيخ من فسخ الكراء في انهدام الدار صحيح إذا كان مما يضر به.

وأما إذا كان خفيفا كالشرافات فكالعدم قاله في المدونة وظاهر كلام الشيخ: أن رب الدار لا يجبر على الإصلاح، وهو كذلك عند ابن القاسم، وقال غيره: يلزمه ما لم يكثر فلا يلزمه بإجماع كذا نقله ابن رشد.

وقيل: إن كانت السكنى لا تصلح إلا بإزالة الهطل وأجبر وإلا فلا حكاه ابن الحاجب.

(ولا بأس بتعليم المعلم القرآن على الحذاق ومشارطة الطبيب على البرء ولا ينتقض الكراء بموت الراكب أو الساكن ولا بموت غنم الرعاية وليأت بمثلها):

صرح في المدونة بلا بأس كما فعل ابن الحاجب الشيخ والمراد به الإباحة في أخذ الأجرة على تعليمه ولا يقال: لما غيره خير منه ؛ لأن أبا حنيفة يمنع الإجارة على تعليم القرآن ؛ لأن الدليل دل على ضعف قوله لما في البخاري عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**إن أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله**»[(١)].

قال ابن رشد: إجازة ذلك هو المذهب وأجمع عليه أهل المدينة وهم الحجة على من سواهم، واحتج بحديث جواز الجعل على الرقية من القرآن حسبما ذكرناه، وناقض ابن يونس، قول ابن حبيب بجواز ذلك بقوله لا تجوز إجارة المصحف قائلاً: كما أن المعلم يتعب فكذلك الأوراق تتمزق وتبلى ذكره عند الكلام على إجارة المصحف، وما ذكر الشيخ أن التعليم على الحذاق جائز هو المشهور.

وقال ابن الجلاب، وقيل: لا يجوز على التعليم إلا مدة معلومة مشاهرة أو غيرها، قيل: يريد لاختلاف أفهام الصبيان فالمشاهرة أخف غررا وأجاز ابن حبيب أن يسمى في المقاطعة أجلا ورواه عن مالك قال بعض الشيوخ وهو خلاف المشهور في توقيت ما أجله فراغه.

وقال اللخمي: إن جمع الأجل والقدر الذي يعلمه فإن كان لا يدري هل يتعلم ذلك القدر في المدة أم لا فسخت الإجارة، واختلف إذا كان الغالب التعليم فيها فأجيز ومنع، وفي المدونة: ولا يعجبني الإجارة على تعليم الفقه، والفرائض لكراهة مالك بيع كتبهما. قال: وعليه تكره على كتابته.

وروى محمد منع بيعها في الدين وقال في غير الموازية الوارث فيها كغيره إن كان أهلاً لها، وقاله سحنون، وعلى هذا لا تجوز على تعليمه وكتابته، وقيل: جائزة وتباع في الدين وغيره قال محمد بن عبد الحكم بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار

---

(١) رواه البخاري (٢/٧٩٥).

وأصحابنا متوافرون ولم ينكروه وكان أبي وصيه فعلى هذا تجوز الإجارة على تعليمه وكتابته، وهو أحسن ولا أرى أن يختلف فيه اليوم لنقص حفظ الناس وفهمهم عمن تقدم.

قال مالك: لم يكن للقاسم ولا لسعيد كتب وما كنت أكتب في هذه الألواح.

وقلت لابن شهاب: أكنت تكتب العلم ؟ قال: لا.

قلت: أكنت تطلب أن يعاد عليك الحديث ؟ قال: لا فلو فعل الناس هذا لضاع العلم وتلف رسمه، والناس اليوم مع كتبهم في قصور، والقول في الفروع والقياس فيه واجب ومعرفة أقوال المتقدمين والترجيح بينهما متعين في موضع الاجتهاد.

قلت: وضعف بعض من لقينا من القرويين أخذ الجواز من بيع كتب ابن وهب؛ لأن أكثر كتبه الحديث.

وقال أبو عمر بن عبد البر: بيع الكتب الصحاح جائز كمسلم ويرد بأنه سمع من مالك ما قد علمت من الكراهة وبيعت كتبه أجمع وذلك يدل على ما قاله ابن عبد الحكم.

واعلم أن كتب الطب كالفقه فيما يظهر والله أعلم.

(ومن اكترى كراء مضمونا فماتت الدابة فليأت بغيرها):

الدابة المضمونة يجوز كراؤها بذكر جنسها ونوعها والذكورة والأنوثة، ونص على ذلك غير واحد، وفي المعونة لا يحتاج لتعيين الراكب لتقارب الناس عادة ولا لوصفه وتبعه ابن شاس، وابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام وظاهره عدم لزوم ذكر كونه رجلاً أو امرأة.

قال بعض شيوخنا: والأظهر لزوم تعيين أحدهما ؛ لأن ركوب النساء أشق.

قال ابن شاس: ويصف المحمل بالسلعة أو الضيق وعلى مكري الدابة تسليم ما العادة تسليمه معها من إكاف وبرذعة وحزام وسرج في الفرس وغير ذلك من المعتاد ؛ لأن العرف كالشرط.

قال بعض شيوخنا: وهو كالنص في أنه إن لم يكن بذلك عرف لم يلزمه.

(وإن مات الراكب لم ينفسخ الكراء وليكتروا مكانه غيره):

سبق ما يغني عن هذا ويريد لا بد أن يكون الثاني مثل الأول في الخفة والأمانة ولا تكن المرأة ؛ لأن الغالب أنها اثقل على البهيمة لرخوة أعضائها وكذلك الميت.

قال اللخمي: ولمكتري المنافع بيعها كالرقاب إلا ما يتعذر كونه كالأول أو يشك فيه، ويختلف ذلك في الدواب والثياب والدور، وفي جوازه في الدواب وكراهيته

روايتان، وفي المدونة لمكتري الدابة للحمولة والسفينة والدار كراؤها من مثله في مثل ما اكتراها له، وكذلك الفسطاط له كراؤه من مثله في حاله وأمانته وصنعته فيه ومن استأجر ثوبًا يلبسه إلى الليل لم يعطه غيره لاختلاف الناس في اللباس والأمانة فإن دفعه لغيره ضمنه إن تلف ولو بدا له على السفر بالدابة أو مات اكتريت من مثله، وكذلك الثياب في الحياة والموت.

وقال اللخمي: المنع في الثياب أحسن لاختلاف اللباس واليسير فيها يؤثر والأمر في الخباء والفسطاط أخف.

قال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى: وكتب العلم كالثياب فمن اكتراها لا يعيرها لغيره لاختلاف الناس فيها. قال ابن الحاجب: وفي ضمانه ما أجره لغيره ثالثها المشهور إن كان مثل أمانته لم يضمن.

وقال ابن عبد السلام: إطلاق هذا الكلام في كل مستأجر من دار أو غيرها لا يصح ومقتضى كلامه أن مكتري الدابة إن اكتراها ممن ليس مثله في حفظه إياها وخفته أنه لا ضمان عليه في قول وهذا لا يوجد ونحوه.

قال ابن هارون: لا يوجد هذا الخلاف وأجابهما بعض شيوخنا بأن سياق الكلام يقتضي أن خلافه إنما هو فيما يغاب عليه، وذلك أنه لما قال والمستأجر أمين فرع عليه قوله السابق، وهذا الخلاف إنما هو فيما يغاب عليه، والقول الثاني هو الذي لم يوجد بحال.

(ومن اكترى ماعونا أو غيره فلا ضمان عليه في هلاكه بيده وهو مصدق إلا أن يتبين كذبه):

قال التادلي: قيل: إن كراء الماعون مكروه وقيل: لا وقال اللخمي: إن من كانت عادته يتعيش به فإنه يجوز له من غير كراهة، وإن لم تكن عادته فإن أكراه إلى مدة تنقص الشيء المكترى فهو جائز وإن كان لا ينقصه فمكروه لما فيه من دناءة الأخلاق.

قلت: فيما قاله نظر بل قال اللخمي فأما إجارة الثياب والحلي والماعون فهي على ثلاثة أوجه فمن كان شأنه أن يشتري هذه الأشياء ويدفعها للكراء ذلك جائز وكذلك ما لم يكن ذلك شأنه ويكره لمن يطيل استخدامه حتى ينقصه واختلف إذا كان الاستعمال في الأمر الخفيف مما لا ينقص مثله فأجيز وكره.

قال مالك في إجارة الحلي لا بأس به، وقال مرة أكرهه وليس من الحرام البين

وليس من أخلاق الناس فيريد أنه ليس من مكاره الأخلاق أخذ الإجارة في مثل ذلك وكذلك إذا كان الذي يستأجره قليل الثمن، وقال النبي ﷺ: «**لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجًا معلومًا**»[1]، أخرجه الصحيحان فظاهر كلامه كما ترى أن القسمين الأولين إنما نقل الجواز فيهما عن المذهب بلا خلاف من اختياره وأن القسم الثالث فيه قولان وأشار إلى أنهما يتخرجان من الخلاف في الحلي والماعون، وما ذكر الشيخ من تصديقه هو المشهور، ونقل ابن سحنون قولاً آخر أنه لا يصدق حكاه اللخمي وفي التهذيب من رواية أشهب فيمن اكترى جفنة فادعى ضياعها ضمنها إلا أن يقيم بينة على ذلك والذي ذكرناه هو طريق الأكثر.

وقال ابن المواز: إنما الرواية في دعوى من كسرها لقدرته على تصديق نفسه بإحضاره فلقتيها ويصدق في الضياع وفي رواية فأين فلقتاها.

قال محمد: إلا أن يقول: سرقتا أو تلفتا وسلك ابن رشد طريق محمد قائلاً: لا خلاف أعلمه أن المكتري يصدق إلا ما في الدمياطية لابن القاسم فيمن يكتري المناجل والحديد أنه ضامن.

قلت: قال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى وأفتى شيخنا بما في الدمياطية في جوهر فيحتمل أن يكون لخصوصية في النازلة.

ويحتمل أن يكون للمصلحة لأن العوام لو علموا أنه لا ضمان عليهم لكثرت منازعتهم في ذلك وعلى الأول فقال ابن القاسم يلزمه الكراء.

وقال غيره: لا يلزمه والقولان في المدونة وعزا ابن يونس قول الغير لأشهب: قال: وبه أخذ سحنون قائلاً: في قول ابن القاسم في هذه المسألة عراقية يصدقه في الضياع ويغرمه الكراء، ولبعض علمائنا أنه ناقض كل من ابن القاسم وسحنون جوابه بجوابه في مسألة كتاب العارية فيمن استعار دابة فركبها إلى موضع فما رجع زعم ربها أنه إنما أعاره إياها إلى دون ما ركبها إليه فذهب ابن القاسم إلى أن القول قول المستعير في رفع الضمان والكراء.

وقال سحنون: القول قول المستعير في الضمان لا في الكراء، والصواب: أنه لا تناقض والفرق لابن القاسم بينهما أن المكتري مقر بالكراء مدع إسقاطه فعليه البيان، وفي مسألة العارية المعير مقر بالعارية مدع على المستعير فوجب قبول قوله لأنه مدعى عليه.

والفرق لسحنون أن الأصل براءة الذمة من عدم العداء ؛ لأن وضع يد المستعير

---

(١) رواه مسلم (٣/١١٨٤).

على الدابة بإذن فكان القول قوله في عدم عدائه، والأصل في تناول مال الغير عن عوض لا عن عطية.

قال التادلي: وقول الشيخ وصدق يريد ويحلف إن كان متهما لقد ضاع ولا فرطت ولا يمن عليه إن كان غير متهم. قاله ابن القاسم.

وقيل: يحلف مطلقًا، وقيل: يحلف غير المتهم أنه ما فرط، قال: ولو أخرجه من يده فهلك فإن كان مما يجوز له أن يكريه من غيره فلا ضمان عليه وإلا ضمن.

قلت: وقد تقدم في المسألة التي قبلها كلام ابن الحاجب، وما عليه.

(والصناع ضامنون لما غابوا عليه عملوه بأجر أو بغير أجر):

قال الباجي: ضمان الصناع مما أجمع عليه العلماء، وقال القاضي عبد الوهاب: أجمع على تضمينهم الصحابة رضي الله عنهم، وفي المدونة قضاء الخلفاء بتضمينهم، وهو صالح للعامة يريد لاحتياج الناس إليهم في صنعتهم فلو لم يضمنوا لأكلوا أموال الناس إذ لا بد لهم من دفع المصنوع إليهم فغلبوا رعي المصلحة العامة، وهي الضمان على رعي المصلحة الخاصة وهي سقوط الضمان كما روعي ذلك في التلقي وغيره، وحكى ابن رشد أن الشافعي قال في أحد قوليه لا ضمان على الصناع ولو عملوا بأجر ولو انتصب الصانع لبعض الناس فقط فإنه يضمن قاله بعض شيوخ ابن يونس، وهو ظاهر سماع ابن القاسم.

وقيل: لا يضمن حتى يكون منتصبًا لعموم الناس قاله عياض، وابن رشد في المقدمات، وفي تضمين الأوعية وشبهها كالثياب للنساج قولان فذهب ابن القاسم ورواه عن مالك أنها تضمن وبه قال ابن المواز.

وقال سحنون: لا تضمن وأخذه الشيخ المغربي من قول رهون المدونة، ومن ارتهن نصف ثوب فقبض جميعه فهلك عنده لم يضمن إلا نصفه خاصة، ولم يرتضه بعض ما لقيناه مفرقًا له بأن الصناع مضطرون إلى المثال، فهو كنفس المصنوع فيستصحب الضمان، وظاهر كلام الشيخ أنهم ضامنون ولو قامت البينة على الضياع، وهو كذلك عند أشهب خلافًا لابن القاسم وظاهر كلامه ولو شرطوا عدم الضمان وهو كذلك عند ابن القاسم خلافًا لأشهب وكل منهما روى عن مالك مثل ما قاله ابن عبد السلام والجاري على أصليهما عكس قوليهما ؛ لأن الضمان عند ابن القاسم ضمان تهمة ويصح اشتراط سقوط موجبه كما إذا اشترط الوكيل المخصوص سقوط البينة على قضاء الدين والجاري على أصل أشهب أنه يضمن ؛ لأنه ضمان أصالة عنده

فشرط سقوطه يتضمن مخالفة مقتضى العقد، وهو باطل.

قلت: ويجاب عن ابن القاسم بأن شرط نفي الضمان مما يقوي التهمة وعن أشهب بأن شرطه كناسخ الضمان.

(ولا ضمان على صاحب الحمام):

ظاهر كلام الشيخ أنه المكتري لا حارس الثياب، وما قاله صحيح إلا أن يفرط قال ابن عبد السلام: ولا أعرف فيه غير ذلك قال ابن الحاجب: والحمامي أمين على الثياب، وقيل: يضمن فإن كان مراده المكترى فليس القول الثاني بالضمان مطلقًا بموجود في المذهب والله أعلم.

قال: والذي قاله مالك في العتبية أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس أو يأتوا بأمين يحرسها.

قال ابن يونس: ورأيت في بعض الحواشي لابن عبد الحكم وزاد ولا ضمان على من يحرسها.

قلت: وأجابه بعض شيوخنا بأن ما ذكره ابن الحاجب نقله عياض في مداركه لما عرف بأبي علي الحسن بن نصر السوسي. قال: سمعت من يحيى بن عمر وغيره كان فقيها عدلا ورعا زاهدًا ولي أحكام سوسة فكان لا يضمن الحمامي ما تلف عنده فكثر مشاكوه فحكم بتضمينهم لما حدث به يحيى بن عمر عن الحارث عن ابن وهب عن مالك بتضمين صاحب الحمامي وفي إجارة المدونة ولا ضمان على من جلس لحفظ ثياب من دخل الحمام؛ لأنه أجير ومثله سماع ابن القاسم لا ضمان على حارس الحمام.

وقال ابن رشد: إن إكراه رب الحمام لحفظ ثياب من دخله بأجر في ذمته فلا ضمان عليه اتفاقًا إلا أن يتعدى أو يفرط وإن كان يحرس بجعل يأخذه من كل من يدخل الحمام ويحرس ثيابه فقال مالك: لا ضمان عليه قال ابن لبابة: وما سواه خطأ، وقال ابن حبيب يضمن كالراعي المشترك على قول ابن المسيب، والحسن ومكحول والأوزاعي لأنه لما نصب نفسه لذلك صار كالصانع المشترك ولو نام حارس بيت فسرق ما فيه فلا ضمان عليه وله أجره وكذلك حارس النخل وغيره، وكذلك من أعطي متاعا ليبيعه فيضيع أو يضيع ثمنه لا أجر له ولا ضمان عليه وكل هذا نقله ابن يونس عن رواية ابن المواز، وقيده بعض شيوخنا بكونه في نوم وقته المعتاد لا في نومه في وقت حاجة العس والحرس حسبما قاله اللخمي في نوم الراعي نهارا.

قال التادلي: اختلف في السماسرة فقال مالك: لا يضمنون وقال سحنون:

يضمنون وفرق ابن رشد بين المتهم منهم فيضمن وإلا فلا.

قلت: ذكر عياض في أواخر كتاب التدليس بالعيوب ما نصه والمعروف من قول مالك وأصحابه في السماسرة والمأمورين والوكلاء أنهم لا يضمنون؛ لأنهم أمناء وليسوا بصناع سواء كانوا أرباب حوانيت أم لا كذلك جاء في أمهاتنا وأجوبة شيوخنا ثم استمر في كلامه وهو كالنص في أن المراد بالسمسار الجليس.

(ولا ضمان على صاحب السفينة):

قال غير واحد يريد إلا ما حمل من الطعام والإدام فإنه يضمن إلا أن تقوم بينة على هلاكه.

قال اللخمي: اختلف إذا حمل الطعام على المدينة ولم يصحبه ربه أو في السفر في البحر وصاحبه معه أو لم يكن معه صاحبه، وليس الطعام مما تدعو إليه الحاجة في الغالب فالمعروف في المذهب أنه ضامن، وقال ابن كنانة: لا ضمان عليه ويريد؛ لأن ربه قادر على أنه يصحبه دون ضرر فتركه قصدا دليل على أنه ائتمنه فإن صحبه في البحر ثم نقص أو ذهب بعضه صدق عند مالك وفي أكرية السفر أنه غير مصدق ؛ لأنه ائتمنه وحازه وإنما يدخل التاجر وقت إقلاعه.

وفي المدونة: إذا غرقت السفينة بمد النواتية فإن فعلوا ما يجوز لهم من المد والعمل فيها لم يضمنوا فإذا تعدوا فأغرقوا في مد أو علاج ضمنوا ما هلك فيها من الناس، والحمولة ابن يونس قيل في أموالهم وقيل: الديات على عواقلهم.

(ولا كراء له إلا على البلاغ):

ما ذكره هو قول مالك وابن القاسم ولو غرقت بالساحل.

وقال ابن نافع له بحساب ما سار كحكم البر، والقولان في المدونة وروى ابن أبي جعفر عن ابن القاسم مثل قول ابن نافع.

وقال يحيى بن عمر: إن أكريت على قطع البحر فهي على البلاغ وإن أكريت إلى الريف فبحساب ما بلغت، وفرق أصبغ في نوازله بين كونهم ملججين أو غير ملججين محاذين لقرية قادرين على النزول إليها أو غير قادرين وسواء على ظاهر قوله كان كراؤهم على قطع البحر أو على الريف، وهذه الأقوال الأربعة حكاها ابن رشد قائلاً: قول أصبغ هو استحسان على غير قياس، وكذلك تفرقة يحيى.

وقول ابن نافع أظهر من قول ابن القاسم في المدونة؛ لأن رد الكراء إلى الإجارة أولى من رده إلى الجعل.

واعلم أنه إذا هال البحر، وقد وقع الخوف وجب الرمي عاجلا، ويرمى الأثقل والأقل ثمنا فإن تقاربت الأثمان رمي الأثقل.

قال الطرطوشي: ويبدأ بطرح الأمتعة ثم البهائم لشرف النفس، وقبله القرافي ومرضه بعض شيوخنا بقوله: الشرف إنما هو للنفس الآدمية.

واختلف في جرم السفينة هل يقع عليه غرم أو لا؟ ثلاثة أقوال:

فقيل: كغيره رواه إسماعيل القاضي، وبه قال سحنون وابن عبد الحكم قال ابن يونس: وهو القياس.

وقيل: لا غرم عليه رواه ابن القاسم، وقيل: إن قام دليل على هلاكه لولا الطرح فالأول وإلا فالثاني قاله محمد بن محمد بن عبد الحكم.

وقال بعض شيوخنا: وقول ابن عبد السلام: قال ابن عبد الحكم أجمع أصحابنا أن المركب لا يدخل في شيء من حكم الطرح لا أعرفه، واختلف في دخول متاع السفينة في الغرم على قولين: وفي دخول العبيد ثلاثة أقوال:

فقيل: يدخلون، وقيل: لا يدخلون، وقيل: إن كانوا للتجارة دخلوا وإلا فلا ولا شيء على الأحرار باتفاق والعين للقنية لغو وللتجر قولان.

(ولا بأس بالشركة بالأبدان إذا عملا في موضع واحد عملا واحدًا أو متقاربا):

ظاهر كلام الشيخ أن لو اختلفت صنعتهما أنه لا يجوز، وهو كذلك وسمع أصبغ أشهب إن اشتركا خراز وحداد في حانوت واحد يعمل كل واحد مع صاحبه لأنهما يحسبان ذلك ويعملانه جميعا فلا بأس به.

قال ابن رشد: أجازه لتعاونهما معًا وسمع أن الشركاء في حانوت وصنعة كل واحد غير صنعة صاحبه فلا خير فيه، ولو كان عملهما واحدًا في حانوتين مفترقين فلا بأس به.

قال ابن رشد: لا وجه لقوله لا بأس به إلا أن يكون معناه أنهما يجتمعان معًا على أحد الأعمال ثم يأخذ كل واحد منهما ما يعمل من العمل يذهب به لحانوته يعمله فيه لرفق له في ذلك لسعة حانوته أو انشراحها وقربه من منزله وشبه ذلك.

وقال عياض: تأول شيوخنا ما في العتبية من جواز الافتراق بتعاونهما في الموضعين وارتفاق السلعتين سواء في الموضعين فيكون وفاقًا للمدونة؛ لأن المقصود من وحدة المكان تقارب أسواقه ومنافعه.

قال أبو محمد عبد الله الدكالي في مسائله: لو اشترك قارئ وحاسب على أن يقتسما على قدر عمليهما جاز ذلك على جميع الرجلين سلعتيهما في البيع ورده بعض

شيوخنا بقوة الغرر في الشركة بجهل قدر عمل كل واحد منهما، وقدر عوضه والمجهول في السلعة قدر العوض فقط.

(وتجوز الشركة بالأموال على أن يكون الربح بينهما بقدر ما أخرج كل واحد منهما والعمل عليهما بقدر ما شرطًا من الربح لكل واحد، ولا يجوز أن يختلف رأس المال ويستويا في الربح):

اعلم أن الشركة بالدنانير والدراهم من كلا الجانبين جائزة نص على ذلك في المدونة وغيرها.

قال ابن المنذر إجماعًا: قال ابن رشد وهو إجماع على غير قياس، وفي صحبة القياس عليه قولان واختلف في جوازها بالطعام المتفق في صفته ونوعه، فأجازه ابن القاسم قياسًا على الدنانير والدراهم ومنعه مالك فقيل: لأنه بيع الطعام قبل قبضه قاله بعض شيوخ عبد الحق، وقيل: لأن علل الطعام كثيرة بخلاف علل الدنانير والدراهم.

وقيل: لأن الطعام مما تختلف فيه الأغراض، وقيل: لأن الطعام يطلب فيه التساوي في الشركة والشركة تطلب التساوي في القيمة، وذلك لا يكاد يوجد ذكره إسماعيل القاضي، وقال ابن رشد: لأن الإجماع عنده على غير قياس لا يقاس عليه.

فإن قلت: كيف يقول ابن القاسم في المدونة لم يجزه لنا مالك منذ لقيناه ولا أعلم لكراهته له وجهًا مع أن قول مالك وجه بوجوه كثيرة كما قلناه؟

قلت: أراد وجهًا بينا واضحًا ويدل على ذلك أن بعض التعاليل السابقة زائفة، والله أعلم.

واختلف إذا غاب أحد النقدين فأجازه مالك وابن القاسم ومنعه سحنون، وكذلك نقله اللخمي عنه ونقله التونسي عنه الكراهة.

قال بعض شيوخ عبد الحق: إنما يجوز عند ابن القاسم بشرط قرب الغيبة ووقف التجر بالحاضر عن حضور الغائب وتردد بعض شيوخنا في كونه وفاقًا أو خلافًا قائلاً: الأظهر أنه خلاف لاحتجاج ابن القاسم على الجواز بقول مالك فيها، وقال بعض من لقيناه من القرويين هو وفاق لا شك فيه، وأجاز في المدونة أن يخرج أحدهما ذهب وفضة والآخر كذلك وعورضت بقول سلمها الثالث بمنع بيع مد من قمح ومد من شعير بمثلهما وأجيب ببقاء اليد هنا على ما لكل واحد منهما وتصح الشركة بالعرض من جانب والنقد من جانب وحكاه ابن الحاجب قولاً بالمنع.

(والقراض جائز بالدنانير والدراهم):

قال ابن الحاجب: القراض إجارة على التجر في مال بجزء من ربحه واعترض بأنه غير جامع لقوله بعد ولو شرط الربح كله لأحدهما أو لغيرهما جاز.

وأجيب بأن إطلاق القراض عليه إنما هو مجاز؛ لأنه من باب التبرعات، وقبله خليل واعترضه غير واحد أيضًا بأنه غير مانع لمدلول لفظ من قال آجرتك على أن تتجر لي بهذه المائة سنة بنصف ربحها.

وقال ابن عبد السلام وأجيب بأن معنى القراض هو الإجارة على الصفة المذكورة، ولكن هذا المعنى لا ينعقد بكل لفظ بل بلفظ القراض وغيره من الألفاظ التي ذكرها الفقهاء، وانعقاده بها ليس من تصوره وإنما هو من أحكامه فرجع إلى التصديق والكلام في التصور في هذه الطريقة يدفع كثيرًا من الأسئلة عن التعريف فتأمله والقراض جائز بلا خلاف قاله عبد الوهاب وأول من عمل به في الإسلام عبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

وقيل: إن أول من عمل به يعقوب مولى عثمان بن عفان وذلك أن عمر بن الخطاب بعث من يقيم من الأسواق من ليس بفقيه فأقيم يعقوب فيمن أقيم فجاء إلى عثمان بن عفان فأخبره فأعطاه مزودتين قراضًا على النصف، وقال: إن جاءك من يعرض لك فقل له المال لعثمان فقال ذلك فلم يقم فجاء بمزودتين إحداهما ربح والأخرى رأس المال، ولا يلزم القراض إلا بالشروع وخرج اللخمي انعقاده من الجعالة ولزوم أول حصة من أحد قولي مالك في لزوم أول شهر من كراء المشاهرة، وظاهر كلام الشيخ أن القراض بالذهب والفضة جائز وإن كانا مغشوشين، وهو كذلك.

وقاله الباجي حيث تعامل بها لتقويم المتلف بها كالطيبة والاتفاق على تعلق الزكاة بها. وقيل: إنه ممنوع مطلقًا قاله عبد الوهاب، وقال ابن الحاجب: ويجوز بالمغشوش على الأصح وقبله ابن عبد السلام بإطلاقه، ورده بعض شيوخنا بالاتفاق على المنع حيث لا يتعامل بها وظاهر كلام الأكثر أن الغش غير محدود.

وقال ابن الحاجب: إن كان الغش النصف جاز واختلف في القراض بالفلوس. فقيل: إنه ممنوع قاله مالك وابن القاسم، وقيل: مكروه نقله اللخمي، وقيل: إنه جائز قاله أشهب وقيده ابن رشد باليسير وأطلقه اللخمي واختار الجواز حيث يتعامل بها ولا يتغير سوقها.

(وقد أرخص فيه بنقار الذهب والفضة):

اختلف في القراض بالنقار على ثلاثة أقوال المنع والكراهة، والجواز، وكل هذا إذا كان لا يتعامل بها، وأما إن كان يتعامل بها فلا خلاف في جواز ذلك قاله غير واحد كاللخمي، واختلف في الحلي على ما تقدم من الثلاثة الأقوال بالكراهة، رواه ابن المواز والقولان بالجواز والمنع، رواهما ابن الحاجب، واختار اللخمي رحمه الله: إن كان يتعامل به كأرض المصامدة جاز، وإلا كره إن كان لا يوجد مثله وإلا منع(١).

(ولا يجوز بالعروض ويكون إن نزل أجيرا في بيعها وعلى قراض مثله في الثمن):

ما ذكر الشيخ أن القراض بالعروض لا يجوز هو كذلك باتفاق عند ابن حارث، وقال اللخمي: إن كان لا خطب لبيع العرض أو علم أنه يبيعه له ولو لم يأخذه قراضًا أو يقول له كلف من يبيعه ويأتيك بالثمن فاجعله قراضًا جاز قال المازري: وذكر أنهم وجدوا وثيقة بخط ابن أبي زيد أنه دفع لرجل عرضا، وقال له بعد ولك دينار فإذا قبضت ثمنه فاجعله قراضا، وهذا يدل على جواز القراض بالعروض وتأول بعضهم عليه أن يكون بناء على أحد القولين في اجتماع جعل وإجارة فالإجارة في البيع والجعل في القرض وفيه نظر؛ لأن الجعل لا يجوز في الكثير بل في القليل فيلزمه أن يقيد في الوثيقة هذا الوجه لو قصد به القليل، ولو كان قصده أيضًا الإجارة لضرب لها أجلا.

قلت: وحمل شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى ما تقدم عن الشيخ أبي محمد بن أبي زيد: أنه قراض بالوديعة، وهو جائز عند ابن المواز فليس عليه في ذلك درك الجعل، قال: ويدل على ما قلناه: أنه لو تلف هذا المال قبل العمل لكان من ربه كالحكم بعد الشروع في العمل، وفي المدونة: ولا يجوز بدين على غريمه يقتضيه فأطلق ابن يونس وعبر عنه أبو عمر بن عبدالبر في الكافي بالكراهة.

وقال اللخمي: إن كان على غير حاضر أو موسر غير مالك جاز، ولو اقتضى الدين ثم رده عليه قراضًا فإنه جائز قاله في المدونة.

قال ابن رشد: وعلى قولهما فيمن صرف دنانير بدراهم ثم أراد أن يصرفها منه بدنانير مخالفة لعيونها أنه لا يجوز في المجلس إلا بعد اليوم واليومين والثلاثة حتى يبرأ من التهمة، وعلى قول ابن حبيب في صاحب المال يعلم ضياع بعضه فيقول للعامل: اعمل بما بقي، ويكون ذلك قراضًا مؤتنفا يصح جعل الدين قراضًا بمجرد إحضاره.

---

(١) انظر: شرح الرسالة (ص٧٢٥).

وعن أشهب أنه إن نزل مضى، وهو بعيد وفرق غيره بين ما هنا وبين مسألة الصرف في كتاب السلم لأن ما هنا خرج من ذمة إلى أمانة، وما في الصرف من ذمة إلى ذمة فما هنا أخف، وأما القراض بالوديعة فإن أحضرها فلا خلاف في الجواز واختلف قبل إحضارها على أربعة أقوال ثالثها: إن كان المودع ثقة مأمونا جاز، ورابعها يكره وكلها حكاها ابن رشد واللخمي قول خامس حذفته لطوله.

(وللعامل كسوته وطعامه إذا سافر في المال الذي له بال):

ما ذكر الشيخ أن له طعامه في السفر ويريد سيرا ورجوعا هو كذلك على المعروف من المذهب.

وقال الشافعي: لا ينفق في سفر ولا حضر إلا بإذن رب المال، ولأصحابه ثلاثة أقوال، هذا وقول مالك والثالث ينفق في السفر بقدر ما بين نفقة السفر، والحضر.

وهذا الذي ذكرناه قاله أبو عمر بن عبد البر قائلاً: القياس هو الأول منها؛ لأنه لا يجوز القراض على جزء مجهول فإطلاق النفقة له يصير الحصة مجهولة وربما اغترقت النفقة كثير المال ولم يكن ربح.

وقال ابن عبد السلام: لا يبعد القول الثالث على أصول المذهب، وقد قيل في الوصي يخرج المحجور في سفر الحج دون ضرورة: إن زيادة نفقة السفر على الحاضر على الوصي.

قلت: ورده بعض شيوخنا بقوله: ولا يخفى ضعف هذا التخريج؛ لأن السفر بالمحجور المذكور عداء وسفر العامل جائز ولا حاجة لهذا التخريج لقول اللخمي.

قال عبد الوهاب: من سافر لأجل المال له النفقة، والكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يحتج إليها في الحاضر، ومحل هذا فيمن كانت مؤنته في المقام من أجل متاجر يرجو حوالة سوقها، وأما المدير أو ذو صنعة عطلها السفر فله جميع النفقة والكسوة، كقول مالك.

قلت: فيتحصل في المسألة أربعة أقوال: وعزوها ظاهر، وما ذكر عن عبد الوهاب هو في تلقينه فيما يرجع إلى النفقة، وهو اختيار أبي إسحاق التونسي وعبد الحميد الصائغ وظاهر كلام الشيخ أنه لا تحديد في المال الذي يجب فيه ما ذكر من النفقة بل المعتبر العرف ومثله في الموازية، واختاره شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى ولمالك في مختصر ما ليس في المختصر السبعون يسير لا ينفق منها.

وقيل: ينفق منها إن كانت خمسين قاله مالك في نقل اللخمي، وقيل: في الأربعين

دينارا النفقة، رواه ابن المواز في نقل الباجي، وعزاه ابن يونس لنقل محمد لا لروايته، وظاهر كلام الشيخ أنه لو كان يتجر به في بلده أنه لا ينفق منه، ولو كان ما ينفق منه يسيرا، وهو كذلك قال ابن العطار عن نوادر الإجماع أجمعوا أنه يأكل من مال القراض إن لم يسافر به إلا الليث قال: له أن يتغذى منه إذا اشتغل به عن الانقلاب إلى أهله وفي المدونة قول الليث معزو له، وذكره ابن فتوح كأنه المذهب غير معزو لليث فقال من تجر في الحضر فليس له أن يأكل من مال القراض إلا أن يتغذى بالأفلس ونحوها، وأسقط قوله إذا اشتغل عن الانقلاب إلى أهله.

وفي الموازية بإثر قول الليث، وأباه مالك، وقال التونسي لا فرق بين اشتغاله في سفره وإقامته بالمال ولعل الفرق بينهم في سفره وإقامته، وأن أمره كذا جرى فيما مضى.

وقال اللخمي: يحمل قول مالك بسقوطها في الإقامة على أن عمل القراض لم يقطعه عما كانت تقوم نفقته منه في سفره، ولو كانت له صنعة أو تجارة منها نفقة فعطلها لأجل عمل القراض كانت له نفقته كسفره.

(وإنما يكتسي في السفر البعيد):

يريد إلا أن تطول إقامته في السفر القريب، قال في المدونة: له أن يكتسي منه في بعيد السفر إن حمل المال ذلك لا في قريبه إلا أن يقيم بموضع يحتاج فيه إلى الكسوة.

قال الباجي: وروى أبو محمد له في الأربعين دينارًا النفقة والكسوة في بعيد السفر، وفي سماع عيسى بن القاسم: إن كثر المال وقرب السفر فله فيه الطعام لا الكسوة إلا أن يقيم للشراء الشهرين والثلاثة.

وفي الموازية فله أن يكتسي من مال القراض، واختلف في البضاعة، فقيل: هي كالقراض في النفقة والكسوة، وقيل: هما ساقطان، وكلاهما لمالك، وفي المدونة له أن يرد ما بقي من النفقة لصاحبه.

وقال بعض شيوخنا: الصواب عليه لا له وسمع ابن القاسم ما فضل عن المقارض إذا قدم من سفره مثل الجبة لا تؤخذ منه.

قال ابن رشد كقول سحنون في نوازله لا تؤخذ منه الثياب التي اشتريت للسفر إلا أن يكون لها قدر، قال: ومثله لمالك في الموطأ، وهو استحسان لا قياس ليسارة ذلك مع العرف الجاري على قوله في المدونة في كسوة السنة للزوجة ثم يموت أحد الزوجين قبل السنة استحسن أن لا تتبع المرأة بشيء من ذلك لباقي السنة بخلاف النفقة.

قلت: ولا يعارض قول المدونة في نفقة العامل قول جهادها ما فضل عنه بعد أن رجع إلى بلده من طعام أخذه من الغنيمة بغير إذن الإمام يأكل القليل، ويتصدق بالكثير؛ لأن طالبها هنا معين، وفي الجهاد غير معين، ونبه على هذا بعض شيوخنا وهو جلي واضح.

(ولا يقتسمان الربح حتى ينض رأس المال):

ظاهر كلامه وإن رضيا بذلك، ونص ابن الجلاب على أنهما لو تفاصلا بغير حضرة المال ثم حضر المال وفيه وضيعة فإنه يرد ما أخذ إليه ويجبر به النقص، ونقل ابن حبيب مثله عن ابن القاسم، ونقل عن مالك وأصحابه أنه قراض مؤتنف، واختاره.

قال ابن عبد السلام: واختار غير واحد من المتقدمين والمتأخرين نقل ابن حبيب، وهو ظاهر الموطأ، وقال بعض شيوخنا ما ذكره عن غير واحد لا أعرفه ومشاهير مؤلفي المذهب كابن يونس واللخمي والتونسي وابن رشد، ونحوهم ليس لهم في ذلك نص وكذلك ما ذكره عن الموطأ؛ لأن الذي في الموطأ قال مالك: لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا، والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فسيتوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما.

(والمساقاة جائزة في الأصول على ما تراضيا عليه من الإجزاء):

قال ابن رشد: المساقاة عبارة عن العمل في الحائط بجزء من ثمرته، وانتقده بعض شيوخنا بأن كلامه غير مانع لأنها لا تنعقد بلفظ الإجارة عند ابن القاسم خلافًا لسحنون، وإذا وقعت كذلك يحكم فيها بالإجارة الفاسدة لا بالمساقاة الفاسدة، وبأنه غير جامع؛ لأن كلامه يقتضي أنها لا تلزم إلا بالعمل، وليس كذلك بل تلزم بالعقد.

قلت: وفي النقض عليه بهذه الصورة نظر، وينقض عليه أيضًا بقول المدونة: لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل، وكذلك ينتقض عليه أيضًا بقول المؤلف على ما تراضيا عليه من الإجزاء، والله أعلم.

وقال ابن عبد السلام: لم يعرفها ابن الحاجب؛ لأن رسمه للقراض بأنه إجارة على التجر في المال بجزء من ربحه دل على رسم المساقاة فإنها إجارة على عمل الحائط بجزء من غلته، وهي كالمعلومة ضرورة عند الفقهاء، ورده بعض شيوخنا بأنه لو كان كما قال لدل عليه القراض إما مطابقة أو تضمنا أو التزامًا، ولا خفاء بنفي الأولين؛ لأن رسم القراض ليس نفس المساقاة، ولا جزءًا منه وكذلك الثالث ضرورة أن رسم المساقاة بما قال ليس من لوازم القراض لا ذهنيا ولا خارجيا إلا أن يريد الدلالة

المعنوية لا العرفية كدلالة الفعل على الفاعل، وفيه نظر؛ لأنه غير معتبر في التعريفات ورسمها بما ذكر يبطل بقول المدونة لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل كما سبق وحدها شيخنا بأن قال: عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل والمذهب جواز المساقاة.

قال عبد الوهاب: وهي مستثناة من أصول ممنوعة للضرورة، وظاهر كلام الشيخ أن المساقاة في الزرع وشبهه لا تجوز وإن عجز عنه صاحبه، وهو أحد الأقوال الأربعة ذكرها اللخمي، وبه قال ابن عبدوس.

وقيل: بعكسه قاله ابن نافع وقيل: تكره المساقاة فيه، رواه محمد بن المواز وقيل: تجوز بشرط العجز قاله في المدونة، وهي لازمة بالعقد على المشهور، وقيل: لا تلزم، وقال سحنون: أولها لازم كالإجارة وآخرها كالجعال.

(والعمل كله على المساقي)[1]:

يعني من السقي والتنقية والجداد، واختلف في عصر الزيتون فقال في كتاب محمد: إن لم يشترط على أحد فهو بينهما، وقال ابن حبيب: العصر على العامل وإن شرط على صاحب الحائط، وكان له قدر لم يجز ورد العامل إلى إجارة مثله.

قال ابن الحاجب: ولا يشترط تفصيل العمل، ويحمل على العرف قال ابن عبد السلام: لعل مراده إذا كان العرف منضبطًا وإلا فلا بد من البيان وقد يقال لا بد من تفصيله لأنه اختلف في أمور هل هي على العامل أو على رب الحائط فالسكوت عنها جهالة.

قلت: قال بعض شيوخنا: عمل المساقاة كله في الذمة كمسلم فيه فيجب ذكره في العقد مبينا كوصف المسلم فيه، وذكر قولي ابن الحاجب، وابن عبد السلام ثم قال: إن كانت بموضع عرفه منضبط فواضح عدم وجوب بيانه من مسائل المدونة الدالة على أن العرف كالشرط وإلا فالظاهر وجوب بيانه ففي أكرية الدور من المدونة لا بأس بكراء حانوت لا يسمى ما يعمل فيه، وله أن يعمل فيه ما لا يضر بالحانوت في البناء.

قال غيره: إن تفاوت ضر الأعمال لم يجز الكراء إلا على أمر معروف، وقال الباجي: إن كان ثم عرف قام مقام الوصف وإلا فلا بد من وصفه.

واعلم أنه إن قصر العامل عما وجب عليه فإنه يؤخذ بذلك قاله سحنون فمن

---

(١) انظر: شرح الرسالة (ص٧٢٦).

أعطى كرمه أو زيتونه مساقاة على أن يسقي ويقطع ويجني وعلى أن يحرثه ثلاث حرثات ففعل ما شرط عليه إلا أنه لم يحرثه إلا حرثتين، قال: ينظر إلى عمل جميع الحائط المشترط عليه من سقي وحرث فإن كان ما ترك يكون منه الثلث حط من النصف الذي هو له ثلثه إن ساقاه على النصف ثم على هذه النسبة.

وقال مالك: إذا دخل الحائط سيل أقام فيه حتى استغنى عن الماء فلا يحاسبه رب الحائط بذلك، قال ابن رشد: وهذا مما لا اختلاف فيه بخلاف الإجارة بالدنانير والدراهم على السقي زمنه، وهو معلوم عند أهل المعرفة فإن سقى المطر الحائط فيجب أن يحط من إجارته قدر ما أقام الماء في الحائط، ويسقط عنه سقيه.

(ولا يشترط عليه عملا غير عمل المساقاة ولا عمل شيء ينشئه في الحائط إلا ما لا بال له من سد الحظيرة وإصلاح الضفيرة، وهي مجتمع الماء من غير أن ينشئ بناءها):

قال الفاكهاني: قال الغريب سد الحظيرة رويناه بالسين المهملة، وقال بعض شراح الرسالة بالشين المعجمة، ونقل عن يحيى بن يحيى ما حظر بزرب فبالمعجمة، وما كان بجدار فهو بالمهملة.

(والتذكير على العامل وتنقية مناقع الشجر وإصلاح مسقط الماء من الغرب وتنقية العين وشبه ذلك جائز أن يشترط على العامل):

قال اللخمي: اختلف قول مالك في الإبار فجعله مرة على رب الحائط ومرة على العامل وتأول بعضهم كونه على رب الحائط أنه الشيء الذي يلقح به، وكونه على العامل عمله وتعليقه، وليس ببين.

(ولا تجوز المساقاة على إخراج ما في الحائط من الدواب) (١):

---

(١) قال سحنون في المدونة: في مساقاة الحائطين قلت: أرأيت إن دفعت إليه نخلا مساقاة حائطًا على النصف وحائطًا على الثلث أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: لا يجوز ذلك عند مالك قلت: لم؟ قال: للخطار لأنهما تخاطرا في الحائطين إن ذهب أحدهما غبن أحدهما صاحبه في الآخر قلت: أرأيت إن دفع إليه حائطين على أن يعملهما كل حائط منهما على النصف أو كل حائط منهما على الثلث أو كل حائط منهما على الربع أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم قلت: ولا يكون للخطار ههنا موضع؟ قال: ليس للخطر هنا موضع؟ قال: وكذلك ساقى النبي ﷺ خيبر كلها حيطانها كلها على النصف وفيها الجيد والرديء قال: وكذلك بلغني عن مالك أنه قيل له: ما فرق ما بين الحائطين يساقيهما الرجل الرجل على النصف في كل حائط وهو يعلم أن أحدهما لو أفرد سوقي على الثلث والآخر لو أفرد سوقي على الثلثين لجودة هذا =

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة ودل كلام الشيخ على أن ما في الحائط من رقيق وشبهه أنه يجب دخوله في العقد سواء اشترط العامل ذلك أو لم يشترطه، وهو كذلك وكذلك الأجراء إن كانت إجارتهم وجيبة فهي على رب الحائط لأنه لم يرو أن النبي ﷺ أخذ لليهود شيئًا مما ذكر أنه يترك للعامل.

وقال ابن نافع: لا يكون الرقيق والدواب للعامل إلا أن يشرطهم، والعقد صحيح وقاله عيسى بن دينار محتجا بأن صاحب الحائط يقول: لو اشترطتهم على ما ساقيتك إلا على أقل من هذا الجزء.

قال الباجي: وهذا يقتضي أن له اشتراط إخراج ذلك، واختلف إذا نزلت مسألة الشيخ، وهي إذا اشترط إخراج ما في الحائط ويلحق بذلك ما إذا اشترط العامل على رب الحائط إدخالهم في المساقاة وليسوا فيها فقال في المدونة: الثمرة لربها وللعامل إجارة مثله.

وقال ابن المواز: له مساقاة مثله فيها وعنه كالأول ولابن القاسم في المدونة إذا اشترط إخراج الرقيق كان للعامل مساقاة مثله.

(وما مات منها فعلى ربه خلفه):

يريد وكذلك لو مرض أو غاب أو أبق وهو معنى ما في الموطأ والمدونة وزاد في غيرهما، وإن لم يشترط ذلك عليه العامل.

قال الباجي: وهذا لأن العقد كان على عمل في ذمة صاحب الحائط ولكنه يتعين

=

ورداءة هذا فيأخذهما جميعا على النصف فيجوز ذلك وقد حمل أحدهما صاحبه وبين أن يساقي أحد الحائطين على الثلث والآخر على النصف؟ قال: فقال مالك: قد ساقى رسول الله ﷺ خيبر على مساقاة واحدة على النصف وفيها الرديء والجيد وهي سنة اتبعت وهذا الآخر ليس مثله.

قلت: أرأيت إن دفعت إلى رجل حائطًا لي مساقاة على النصف وزرعا على الثلث فدفعت ذلك صفقة واحدة أيجوز ذلك؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا ولا أرى هذا جائزًا قلت: إن كان زرع لي قد عجزت عنه ونخل لي فدفعتهما مساقاة: الزرع على النصف والحائط على النصف والزرع في ناحية والحائط في ناحية أخرى؟ قال: لم أسمع من مالك فيه شيئًا إلا أن مالكًا قال في الحائطين المختلفين إذا أخذهما صفقة واحدة كل حائط منهما على النصف إنه لا بأس به فكذلك الزرع والحائط عندي لأنهما بمنزلة الحائطين المختلفين قلت: أرأيت إن دفعت الحائط على النصف على أن يعمل لي حائطي هذا الآخر بغير شيء؟ قال: لا خير في هذا ولم أسمع من مالك فيه شيئًا ولكن لا خير فيه لأنه غرر ومخاطرة. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٣/ ٥٧٢).

بما فيه بالتسليم، واليد كالذي يكري راحلته مضمونة ثم يسلم إحدى رواحله إلى الراكب فإنه ليس له أن يبدلها، ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر بعينه؛ لأنه ليس في الذمة.

قال: وهذا إذا كان مستأجرًا لجميع العام، وأما إن كان مستأجرًا لبعضه فلم أر فيه نصًّا وعندي أنه يعوض عنه من يتم العام كالموت، واختلف فيما رث من آلة الحائط كالأحبل والدلاء والزرانيق فقيل: على رب الحائط خلفه كالدواب، وقيل: يكون ذلك على العامل هذان القولان حكاهما الباجي، وإنما ترك هذا الأصل في الدواب والرقيق؛ لأن مدة حياتها مجهولة فلو لم تتعلق الخدمة حينئذ بذمة رب الحائط لفسدت المساقاة للغرر، وأما الآلة فأمدُ الانتفاعِ بها معلوم في العادة فوجب بقاؤها على مقتضى الأصل في التعيين ولو سرق ما ذكر فعلى ربه خلفه اتفاقًا ثم إذا مضى قدر الانتفاع جاء القولان قاله ابن الحاجب.

(ونفقة الدواب والأجراء على العامل):

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة وهو المشهور وفي مختصر ما ليس في المختصر أن نفقة الرقيق على رب الحائط، قال اللخمي: وهو مقتضى القياس ولأنها على العامل كالطعام بطعام إلى أجل، وأما في المدونة فقدم فيه خبر الواحد على القياس؛ لأنه لم يرو أنه ﷺ كلف بشيء من ذلك لأهل خيبر، وفي المدونة فيمن سوقي في أصل أو زرع فله مساقاة غيره في مثل أمانته فإن ساقى غير أمين ضمن.

وقال اللخمي: للعامل أن يدفعه لأمين وإن لم يكن مثله في الأمانة، وقال ابن رشد: إن ساقى أمينا مثله جاز اتفاقًا، وإن كان دونه في الأمانة إلا أنه مأمون فيتخرج على ما تقدم في سماع عيسى من كتاب الشفعة يعني: أنه يتخرج فيه القولان، قال فيه: من اشترى شقصًا بثمن لأجل لشفيعه الشفعة فيه، وإن كان مليا دون المشتري في الملاء بغير حميل يلزمه، قاله محمد، وقال أشهب: ليس له ذلك إلا بحميل مثل المشتري في الملاء.

واختلف أشياخنا في لفظ المدونة مثل قولها هنا وذلك أن أول لفظها يدل على شرط المساواة وآخر لفظها يدل على الاكتفاء بمطلق الأمانة فكان بعضهم يحمل قولها على قولين إذا كانا منصوصين خارجها وكان بعضهم يجعل آخر الكلام مفسرًا لأوله وقاضيا عليه.

وحمل ابن عبد السلام قول المدونة هنا على ما فهم من لفظها الأول من

المساواة معترضًا قول ابن الحاجب له أن يساقي أمينا غيره بأنه خلاف المدونة ومقتضى النظر لأن المطلوب كون الثاني مساويا للأول في الأمانة، والقوة على العمل، وأجاب عن ظاهرها الثاني ما جرت به عادة المتقدمين في التمثيل بالجلي وأطال الكلام في ذلك فانظره.

قال ابن رشد في البيان: وظاهر قول مالك له أن يساقي أمينا أن المساقي الثاني محمول على غير الأمانة حتى تثبت بخلاف ورثة العامل، هذا هو ظاهر ما في المدونة في القراض، والمساقاة والفرق بينهما أن مال القراض يغاب عليه بخلاف الحائط في المساقاة قال خليل: وهذا هو الفرق في إجازة مساقاة العامل غيره وعدم جواز مقارضة العامل غيره.

(وعليه زريعة البياض اليسير):

إنما قال ذلك؛ لأنه لم يرو أن النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم دفع إلى أهل خيبر شيئًا من البذر وكأنه من جملة العمل الذي يكون على العامل، ولذلك قال جماعة من أهل العلم: يجوز إعطاء الأرض بما يخرج منها، وممن قال بذلك خارج المذهب أحمد بن حنبل، وبه قال يحيى بن يحيى من أصحابنا ذكره عياض في مداركه وغيرها ويريد الشيخ باليسير الثلث، فأقل.

واعلم أن هذه إحدى المسائل التي الثلث فيها يسير.

وثانيتها: هبة ذات الزوج ثلث مالها.

وثالثها: الوصية بالثلث.

ورابعتها: استثناء ثلث الصبرة إذا باعها وكذلك الثمار والغنم إذا باعها وكذلك بيع الشاة واستثناء ثلثها عند أشهب.

وخامستها: حلية السيف المحلى إذا كانت الثلث فلا بأس أن تباع بما فيها.

وسادستها: قطع ثلث الأذن والذنب من الأضحية على أحد القولين وحكموا بالكثرة للثلث في الجائحة، وفي حمل العاقلة ولا تحمل ما دونه، وفي المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها فإذا بلغت الثلث رجعت إلى عقلها، وفي استحقاق الدور، وكذلك الطعام على خلاف فيه.

(ولا بأس أن يلغى ذلك للعامل، وهو أحله وإن كان البياض كثيرًا لم يجز أن يدخل في مساقاة النخل):

كلامه يدل على أن لا بأس لما هو خير من غيره وهو كذلك، قال في المدونة:

أحب إلي أن يلغى البياض للعامل وهو أحله.

قال ابن عبد السلام: يعني: ليسلم من كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها غير أنه لفظ فيه نظر إذ لا ينبغي أن يطلق تفضيل الحلية على شيء لم يفعله النبي ﷺ، ولا أمر به ويجعل راجحا على شيء فعله.

قلت: ما ذكر قرره عبد الحق سؤالا وأجاب عنه بأنه جاء في الحديث الآخر أنه ﷺ تركه لهم.

قال شيخنا أبو مهدي رحمه الله تعالى: واعلم أن الحلال متفاوت فما كان دليله قاطعا أو له أدلة كثيرة يؤتى فيه بصيغة أفعل، وما كان على غير ذلك فلا يقال: حلال وأحل وحرام كما قال في المدونة قيل لمالك: فإن ضرب للبيع أجلا قال: فذلك أحرمه قال: ونص على ذلك المازري في تعليقه على المدونة.

(إلا أن يكون قدر الثلث من الجميع فأقل):

ما ذكر الشيخ من أن التبعية منسوبة للجميع هو المشهور، وقال ابن عبدوس: إنما يراعى أن يكون تبعًا لحصة العامل خاصة ومعرفة التبعية على الشيخ هو أن يقوم كراء البياض فإن قيل: خمسة نظر إلى الثمرة وقدرها عادة وطرح منها قدر النفقة فإن كان الباقي إذ ذاك ما قاله عشرة فأكثر جاز لتحقق التبعية، وإن كان أقل من عشرة لم يجز لأن كراء البياض حينئذ أكثر من الثلث ونسب اللخمي في أول أكرية الدور القول المشهور لابن القاسم، وغلطه قال: لأن السقي والعلاج ثمن الثمرة فكيف يصح أن يحط أحدهما من الآخر وإنما باع العامل عمله بالجزء الذي يأخذه بعد الطيب، وإنما يطيب على ملك رب الحائط، ولذلك قيل: يزكى إن كان في جملته خمسة أوسق، وإن كان العامل عبدًا أو نصرانيًا وغلطه بعض شيوخنا فقال: تغليطه غلط؛ لأن كراء البياض لما كان محض فائدة وجب أن لا ينسب إلا لما هو فائدة والذي هو فائدة من الثمرة إنما هو الباقي بعد قيمة مؤنتها.

(والشركة في الزرع جائزة إذا كانت الزريعة منهما جميعا والربح بينهما كانت الأرض لأحدهما والعمل على الآخر أو العمل بينهما واكتريا الأرض أو كانت بينهما أما إن كان البذر من عند أحدهما ومن عند الآخر الأرض والعمل عليه أو عليهما والربح بينهما لم يجوز ولو كانا اكتريا الأرض والبذر من عند واحد وعلى الآخر العمل جاز إذا تقاربت قيمة ذلك):

اختلف المذهب هل تلزم الشركة بالعقد أم لا ؟ على ثلاثة أقوال حكاها ابن

رشد فقيل: تلزم به قاله سحنون وابن الماجشون، وابن كنانة، وابن القاسم في كتاب ابن سحنون وقيل: لا تلزم به بل بالشروع قاله ابن كنانة في المبسوط وبه جرت الفتوى بقرطبة، وهو على قياس رواية علي في لزوم الجعل بالشروع.

وقيل: لا تلزم إلا بالأبدان قاله ابن القاسم في المدونة ورواه عنه أصبغ في العتبية، وعلى هذا الخلاف ينبني سلف أحدهما بعد العقد.

قال أبو عمران الصنهاجي: وهذه إحدى المسائل التي لا تلزم بالعقد وكذلك القراض والجعل والمغارسة والوكالة والذي يلزم بالعقد البيع والنكاح والإجارة والكراء والمساقاة على خلاف.

قال عياض: ووجوه الشركة ثلاثة:

أحدها: أن يشتركا في الأرض والعمل والآلة والزريعة فإنها جائزة باتفاق.

الثاني: أن يختص أحدهما بالبذر من عنده والآخر بأرض لها قيمة ويشتركان في غيرهما بالتساوي أو بالتفاوت فإنها فاسدة باتفاق لاشتمالها على كراء الأرض بما يخرج منها إلا على قول الداودي الذي يجيز كراءها بما يخرج منها والأصيلي، ويحيى بن يحيى في جواز كرائها بالجزء، وهو مذهب الليث بن سعد في الوجهين وكلاهما خلاف مذهب مالك، وأصحابه.

الثالث: أن يشتركا على غير هذين الوجهين وفي شركتهما خلاف مشهور معلوم في الأصل.

وقال ابن حارث: اتفقوا إذا كانت الأرض من عند أحدهما والبذر من عند الآخر أن الشركة فاسدة بكل حال، وهو قصور لما سبق من نقل عياض.

قال اللخمي: لو اشتركا على أن تكون الأرض والبذر كلاهما من عند واحد، والعمل على الآخر فذهب سحنون إلى جوازها، وذهب ابن حبيب وابن المواز إلى منعها وقد قال ابن عبد السلام: هذه مسألة الخماس، وقد قال ابن رشد فيها: إن عقداها بلفظ الشركة جازت بلا خلاف، وإن عقداها بلفظ الإجارة امتنعت بلا خلاف، وإن كان العقد عاريا من اللفظين فأجاز ذلك ابن القاسم، ومنعه سحنون ورأى أن هذا تحصيل المذهب في ذلك.

قلت: واعترضه بعض شيوخنا بوجهين:

أحدهما: أنه عكس العزو بل في أجوبة ابن رشد ما نصه حمله ابن القاسم على الإجارة فلم يجزه وإليه ذهب ابن حبيب، وحمله سحنون على الشركة، فأجازه وعبر

عنها بما إذا قال: أدفع لك أرضي وبذري وبقري وتتولى أنت العمل.

الثاني: دعواه أن مسألة عرفنا هي مسألة سحنون وابن المواز فيه نظر من وجوه:

أحدها: أن عرفنا في الخماس بإفريقية في زمانه، وقبله وبعده إنما هو على أن كل التبن لرب الأرض، والبذر ومسألتهما ليس فيها اختصاص رب الأرض والبذر بشيء.

والثاني: أن مسألتهما فيها المنفرد بالعمل أخرج معه البقر، ومسألة عرفنا لا يأتي العامل بشيء بل يعمل بيده فقط، وكونه كذلك يصيره أجيرا أو يمنع كونه شريكًا.

الثالث: أن ظاهر أقوال المذهب أن شرط الشركة كون العمل فيها مضمونا لا في عمل عامل معين ومسألة عرفنا إنما يدخلون فيها على أن العامل معين بنفس العمل، والحامل لنا على هذا الكلام خوف الاغترار بقوله فيعتقد أن في مسألة عرفنا قولاً بالصحة، وليس الأمر كذلك فتأمله منصفا.

ولقد أجاد ونصح شيخ مشايخنا الشيخ الفقيه أبو عبد الله محمد بن شعيب حيث سئل عن مسألة الخماس في الزرع بجزء مسمى من الزرع هل يجوز أم لا ؟ وهل ينهض له عذر في إباحته لتعذر من يدخل على غير هذا؟

فأجاب بأنها إجارة فاسدة وليست بشركة؛ لأن الشركة تستدعي الاشتراك في الأصول التي هي مستند الأرباح وعدم المساعدة على ما يجوز من ذلك لا ينهض عذرا لأن غلبة الفساد في ذلك، وأمثاله إنما هو من إهمال حملة الشرع، ولو تعرضوا لفسخ عقود ذي الفساد لما استمروا على فسادهم فإن حاجة الضعيف إلى القوي أشد قال الله تعالى: ﴿ فَلَنَسْـَٔلَنَّ ٱلَّذِينَ أُرْسِلَ إِلَيْهِمْ وَلَنَسْـَٔلَنَّ ٱلْمُرْسَلِينَ ۝٦ فَلَنَقُصَّنَّ عَلَيْهِم بِعِلْمٍ وَمَا كُنَّا غَآئِبِينَ ۝٧ وَٱلْوَزْنُ يَوْمَئِذٍ ٱلْحَقُّ ﴾ [الأعراف: ٦- ٨].

قلت: وكان الشيخ الخطيب المفتي أبو عبد الله محمد الرماح يفتي بأنه عذر يبيح الشركة على الوجه المذكور، وتبعه مفتينا بذل شيخنا أبو محمد عبدالله الشبيبي رحمه الله تعالى، وكلاهما من القرويين نفعنا الله تعالى ببركاتهما.

(ولا ينقد في كراء أرض غير مأمونة قبل أن تروى):

يريد بشرط وظاهر كلامه أن العقد عليها جائز وهو كذلك عند ابن القاسم.

قال ابن رشد: لا يفرق ابن القاسم بين الأرضين في جواز العقد لعام أو لعامين أو لأعوام كثيرة ولو كانت غير مأمونة وفي جواز النقد قسمان، فالمأمونة كأرض النيل والمطر المأمون والسقي بالأنهار والعيون الثابتة، والآبار المعينة النقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وغير المأمونة لا يجوز فيها إلا بعد ريها وإمكان حرثها كانت من أرض

النيل أو المطر أو العيون أو الآبار وهي في وجوب النقد قسمان أرض النيل يجب فيها إذا رويت لأنها لا تفتقر إلى السقي بريها يكون المكتري قابضًا لما اكترى، وفي أرض السقي والمطر لا يجب فيها حتى يتم الزرع ويستغنى عن الماء وكذلك ما يزرع بطونا لا يلزمه في البطن حتى يستغنى عن الماء.

ووافقه ابن الماجشون في أرض النيل، وفي أرض المطر والسقي غير المأمون وخالفه في أرض السقي المأمون وجعلها ابن القاسم كأرض المطر والسقي غير المأمون وجعلها ابن الماجشون كأرض النيل والأرض على قول ابن الماجشون أربعة أرض النيل المأمونة يجوز كراؤها الأعوام الكثيرة ولو بالنقد قرب إبان ريها أو بعد قاله في المدونة.

وأرض السقي بالآبار والأنهار يجوز كراؤها العشرة الأعوام لا أكثر والنقد فيها على مذهبه جائز قاله فضل، وأرض السقي بالعيون لا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام أو أربعة ولا ينقد إلا السنة يريد ينقد للسنة الثانية قبل تمام الأولى بيسير وإن لم ترو الأرض هذا قوله في الواضحة، وأرض المطر لا يجوز كراؤها إلا لعام واحد قرب إبان ريها، ولا يجوز النقد فيها حتى تروى ريا مبلغا لزرعها أو لأكثرها مع رجاء وقوع غيره قاله في المدونة. **قلت:** وما فسر به ابن رشد قول الغير فسره المتيطي لأشهب.

(ومن ابتاع ثمرة في رءوس الشجر فأجيح ببرد أو جراد أو جليد أو غيره فإن أجيح قدر الثلث فأكثر وضع عن المشترى قدر ذلك من الثمن، وما نقص عن الثلث فمن المبتاع):

قال بعض شيوخنا: الجائحة ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من الثمرة أو نباتا بعد بيعه.

روى مسلم عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح[1].

قال عبد الحق وروى أبو محمد من حديث عبد الملك بن حبيب عن مطرف عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: **«إذا أصيب ثلث الثمرة فقد وجب على البائع الوضيعة»**[2]. وظاهر كلام الشيخ أن الجائحة لا تختص بالآفات السماوية وهو كذلك في المشهور.

---

(١) رواه مسلم (١١٩١/٣).

(٢) ذكره سحنون في المدونة الكبرى (٣١/١٢).

وقال ابن الماجشون: هي مختصة بها، وظاهر كلامه أيضًا ولو كانت الثمرة صداقًا فإنه لا جائحة فيها لقوله: ومن ابتاع؛ لأن إطلاق البيع على ذلك مجاز؛ لأن الصداق نحلة، وهو كذلك عند ابن القاسم؛ لأنه يشترط البيع المحض خلافًا لابن الماجشون، وصوبه اللخمي وابن يونس وضعف ابن رشد قول ابن القاسم بإيجاب الجائحة في العرية مع أنها لست بيعًا محضا.

وأجابه شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني رحمه الله بأنها بيع محض، وإنما المعروف فيها هبة الثمرة أولا وليست بمحل النزاع، ويريد الشيخ ما لم تكن الثمرة مشتراة مع الأصل فإنه لا جائحة فيها، ونص على ذلك في المدونة والموازية.

وقيل بثبوتها إن عظم خطرها قاله أصبغ، وظاهر كلام الشيخ، ولو اشترط إسقاط الجائحة، وهو كذلك في سماع ابن القاسم.

قال ابن رشد: لأنه لو أسقطها بعد العقد لم تلزمه لأنه أسقط حقًا قبل وجوبه، وكذلك في العقد، ولا يؤثر فساده؛ لأنه لا حظ له من الثمن، ولأن الجائحة أمر نادر.

قلت: وما ذكره من السماع نقله اللخمي عن رواية محمد، ونقل عن السليمانية أن البيع فاسد، واختار أن يخير البائع فإن أسقط شرطه صح البيع وإلا رد وله في الفوات الأكثر من الثمن أو القيمة، واختلف إذا لم تهلك الثمرة بل تعييت كالغبار يصيبها أو الريح يسقطها قبل تناهي طيبها فتنقص قيمتها ففي البيان المشهور أن ذلك جائحة ينظر ما نقصها هل الثلث أم لا ؟

وقال ابن شعبان، وهو أحد قولي ابن الماجشون: ليس ذلك بجائحة، وإنما هو عيب والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك أو يرد واختلف هل يعتبر الثلث في ذلك من المكيلة أو من القيمة والأول لابن القاسم، والثاني لأشهب.

(ولا جائحة في الزرع ولا فيما اشترى بعد أن يبس من الثمار):

ما ذكر الشيخ هو المشهور وقيل: فيه الجائحة قال ابن الحاجب: لو انتهت كالعنب يطيب والبقول والقصيل فلا جائحة كالتمر على النخل. وقال سحنون: فيه الجائحة.

قلت: وقول سحنون نقله المتيطي عن عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة، ونقل ابن يونس عن سحنون مثل المشهور.

(وتوضع جائحة البقول وإن قلت وقيل لا يوضع إلا قدر الثلث):

القول الأول من قولي الشيخ هو رواية ابن القاسم والقول الثاني هو رواية علي بن زياد وابن أشرس وكلاهما في المدونة، ولم يقع ذكر ابن أشرس في التهذيب إلا

هنا فيما قد علمت، وحكى ابن الجلاب عن مالك ما تقدم وزاد رواية ثالثة بأنه لا جائحة فيها بالإطلاق، ولم يحفظها ابن حارث بل ذكر مثل ما ذكر الشيخ فقال: اتفقوا على وضع جائحة البقل واختلفوا في قدر ما يوضع ومثل ما ذكر ابن حارث ذكر اللخمي في المقانئ وألحقوا الزعفران والريحان والقرط والقضب بالبقول واختلف في الأصول المغيبة في الأرض مثل الجزر واللفت والبصل هل هي كالبقول أم لا ؟

ومذهب المدونة أنها كالبقول وألحق أشهب المقانئ بالبقول فتوضع، وإن قلت: وألحقها ابن القاسم وابن المواز وابن حبيب بالثمار وكذلك اختلف في قصب السكر على ثلاثة أقوال كالبقل، واختلف في وضع الجائحة في ورق التوت. فقيل: توضع بالإطلاق قاله ابن القاسم في سماع أبي زيد، وقيل: إذا بلغت الثلث قاله ابن حبيب.

قال ابن سحنون: وانظر لو مات دود الحرير الذي لا يراد ورق التوت إلا له هل يكون مشتريه كمكتري حمام أو فندق ثم خلا بلده فلم يجد من يعمره فيكون له متكلم أو لا يشبهه؛ لأن منافع الربع في ضمان مكتريه وورق التوت مبتاعه يضمن بالعقد كمن اشترى علفا لقافلة تأتيه فعدلت عن محله أو ليس هي مثله لا مكان نقل الطعام حيث يباع وورق التوت لا ينقل.

قال ابن يونس: وكذلك لو اشترى قوم ثمارًا من بلد فانجلى أهلها لفتنة أو لموت كان ذلك جائحة.

(ومن أعرى تمر نخلات لرجل من جنانه فلا بأس أن يشتريها إذا أزهت بخرصها ثمرا يعطيه ذلك عند الجداد إن كان فيها خمسة أوسق فأقل):

العرية بتشديد الياء لغة وعرفا يقال عرية وعرايا، قاله عياض والأصل في ذلك ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها من الثمر» وثبت لفظ «رخص» في حديث مسلم والبخاري وأبي داود[1].

قال الباجي: الرخصة عند الفقهاء تخصيص بعض الجملة المحظورة بالإباحة وسموها رخصة؛ لأنها مستثناة من قوله ﷺ: **«لا تبيعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا تبيعوا التمر بالتمر»**، وقال المازري:هي مستثناة من بيع الرطب بالتمر وربا الفضل والنساء.

قال ابن رشد: اختلف في جواز بيع العرية على ثلاثة أقوال:

(١) رواه مسلم (٣/١١٦٩)، والشافعي في الرسالة (٣٣٣).

فقيل: تجوز بالخرص والعين، وهو المشهور، وقيل: تمنع إلا بالخرص، وقيل: يمنع شراؤها بكل شيء للنهي عن العودة في الهبة وعن الربا وعن بيع الرطب بالتمر، واختلف إذا أعطاه الثمرة بغير لفظ العرية بل بلفظ الهبة والمنحة مثلاً فالمشهور عدم جواز الشراء اتباعا للفظ الحديث، وقيل: إنه جائز قاله ابن حبيب، وغيره، واختلف في علة شراء العارية فقيل: لقصد المعروف، وقيل: لرفع الضرر. قاله ابن الماجشون، وعلل بهما معًا مالك وابن القاسم، والمراد على البدلية لا على الجمع وعلى هذا الخلاف أجروا إذا أراد أن يشتري بعضها أو جميعها، وهي كل الحائط، وما ذكر الشيخ أن المعتبر خمسة أوسق هي رواية المصريين، وروى أبو الفرج عن مالك يشترط أن تكون أقل من الخمسة.

(ولا يجوز شراء أكثر من خمسة أوسق إلا بالعين أو العرض):

ظاهر كلام الشيخ ولو أعراه عرايا من حوائط عدة فإنه لا يشتري إلا الخمسة فقط، وهو كذلك عنده وعند يحيى بن عمر رضي الله عنهما، وقيل: يشتري من كل حائط خمسة أوسق قاله أبو الحسن القابسي.

وقيل: إن كانت بلفظ واحد فالأول وإلا فالثاني قاله الشيخ أبو القاسم بن الكاتب، ورجحه عبد الحق لقول مالك: من اشترى حوائط فأصابتها جائحة: إنها إن كانت في صفقة واحدة اعتبر ثلث الجميع، وإن كانت صفقات اعتبر ثلث كل واحدة وكلها تؤول على المدونة قاله عياض.

وقال المازري: وسبب الخلاف هل يتعدد العقد بتعدد المعقود عليه أم لا؟

قلت: ومرضه بعض شيوخنا بقوله هذا يوجوب قصر الخلاف على كونها في عقد واحد فيسقط الثالث وقد ذكر الثلاثة غير واحد كعبد الحق.

باب في الوصايا والمدبر والمكاتب والمعتق وأم الولد والولاء

قال بعض شيوخنا الوصية عقد يوجب حقًا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده والوصية مطلقة ومقيدة كما إذا قال: فلان وصيي ولم يزد، فإن قيل: ما الفرق بين هذا، وبين من قال: وكلتك فإنه لا يفيد شيئًا إلا أن يقيد بالتفويض أو بأمر يعرف عند غير واحد من أهل المذهب كابن الحاجب خلافًا لابن رشد.

قيل: لأن اليتيم لما كان محتاجا بأن يتصرف له في كل شيء، ولم يوص عليه والده غير ما أطلق الوصية له كان ذلك قرينة في تفويض الأمر للوصي بخلاف الموكل فإنه قادر على التصرف فيما جعل للوكيل، ولا بد من أمر مستبد به في العادة احتاج

إلى تقييد الوكالة بالتفويض، أو بأمر مخصوص، وهذا الفرق أشبه ما قيل في الفرق بينهما.

(ويحق على من له ما يوصي فيه أن يعد وصيته):

مذهبنا أن الوصية مندوب إليها ويعرض لها الوجوب والتحريم والكراهة والإباحة، وأمثلتها واضحة معلومة، وفي الحديث: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عند رأسه مكتوبة»[1] فحمله أبو عمران على المريض والصحيح، لعدم أمن الموت فجأة وحمله عبد الحق على المريض، فقال: معناه يبيت موعوكًا.

قلت: والمراد بالكتب الإشهاد على نفسه، وأما لو وجدت مكتوبة بخط يده ولم يشهد عليها فلا تنفع قاله مالك، وغيره.

قال عياض: إلا أن يقول إذا مت فينفذ ما كتبته، وظاهر كلام الشيخ أن الوصية ماضية من السفيه والصبي، وهو كذلك.

واختلف أبو حنيفة في الصبي، واحتج أهل المذهب بما في الموطأ أنه قيل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن ههنا غلامًا يفاعًا لم يحتلم من غسان وورثته بالشام، وهو ذو مال، وليس له ههنا إلا ابنة عم له فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: فليوص لها قال: فأوصى لها بمال يقال له: بئر جشم.

قال عمر بن سليم الزرقي: فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمر بن سليم الزرقي.

واختلف في السن الذي تجوز وصية الصغير فيه على ستة أقوال:

فقيل: تجوز إذا كان ابن عشر سنين أو أقل باليسير قاله في المدونة، وقيل: ابن تسع سنين قاله في كتاب محمد.

وقيل: إن عقل الصلاة قاله أصبغ.

وقيل: إن أثغر وأمر بالصلاة وأدب عليها قاله مالك في العتبية، وقيل: إن كان يفاعًا مراهقًا، قاله عبد الملك.

وقيل: ينظر إلى حال كل صبي على انفراده، وهذا القول أشار إليه اللخمي، وصوبه بعض المتأخرين قال عبد الملك: وتجوز وصية المجنون في حال إفاقته كما تجوز شهادته كذلك إن كان عدلا.

---

(١) رواه البخاري (١٠٠٥/٣)، ومسلم (١٢٤٩/٣).

واعلم أن الوصية من الكافر للمسلم بشيء جائزة إلا أن يمنع من ذلك مانع شرعي كالخمر لمسلم قاله ابن شاس، وأما عكسه فقال ابن القاسم: إنها جائزة قال أشهب: ولو كان أجنبيا.

وقال أصبغ: تجوز للذمي لا للحربي؛ لأنها قوة للحربي وترجع ميراثا لا صدقة، ووصايا المرتد باطلة، وإن تقدمت في حال إسلامه لا سيما على قول من يقول إن ماله لا يرد إليه إذا رجع للإسلام.

(ولا وصية لوارث):

الأصل في ذلك ما خرجه الترمذي وصححه عن أبي أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته المشهورة عام حجة الوداع: **«إن الله تعالى قد أعطى لكل ذي حق حقَّه فلا وصية لوارث والولد للفراش وللعاهر الحجر»**[١] ويريد الشيخ إلا أن يجيزه الورثة على المنصوص.

وذهب بعض العلماء إلى أن ذلك مردود ولو أجازه الورثة.

وحجتنا في ذلك ما خرجه الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»**[٢] رواه ابن جرير عن عطاء عن ابن عباس، وعطاء هذا لم يدرك ابن عباس، ووصله يونس بن راشد عن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس.

قال عبد الحق: وكونه مقطوعا هو المشهور.

قلت: وخرج بعض شيوخنا قول المخالف من نقل ابن فتوح عن عبد الملك: ليس لوارث أن يجيز ما زاد الموصي على الثلث؛ لأنه عقد فاسد للنهي عنه، واختلف المذهب إذا وقعت الإجازة هل هو ابتداء عطية أو تنفيذ؟

فقال ابن القاسم في المدونة: إذا أوصى الأب بأكثر من ثلثه فأجازه الابن وعليه دين أن للغرماء أن يردوا ذلك.

وقال ابن القصار: إذا أجاز الوارث ما أوصى به الميت من الزيادة على الثلث أو الوصية لوارث كان ذلك تنفيذًا لفعل الميت ولم يكن ذلك ابتداء عطية من الوارث.

واختلف إذا أجاز الوارث ولا دين عليه فلم يقبل ذلك الموصى له حتى استدان الوارث دينًا أو مات فقيل: إن غرماء الوارث وورثته أحق بها؛ لأنها هبة ولم تجز.

---

(١) رواه الترمذي (٤/٤٣٣)، والدارقطني في السنن (٤/٧٠).

(٢) رواه الدارقطني (٤/٧٧).

وقال أشهب: يبدأ بوصية الأب قبل دين الابن وهذا الخلاف ذكره اللخمي فلو قال: إن لم يجيزوا فهي للمساكين، وشبه ذلك، فإن لم يجيزوها كان ميراثا بلا خلاف فإن أجازوها ففي ذلك قولان مرويان عن مالك.

قال ابن عبد السلام: والأقرب إلى أصل المذهب إجازتها؛ لأن الحق دائر فيها بين الميت، وورثته، وقد أجمعوا على إجازتها للموصى له، فإن قال للمساكين إلا أن يجيزوه لابني فقال المدنيون: تجوز وقال به من المصريين ابن القاسم، وابن وهب، وقاله أصبغ استحسانا قائلاً: فيه بعض المغمز.

وقال أشهب: تبطل قال أصبغ وهو القياس.

(الوصايا خارجة من الثلث):

ظاهر كلامه أن الثلث ماض، ولو قصد بذلك الضرر، وهو كذلك في أحد القولين، ومثل هذا الخلاف إذا وهبت ذات الزوج ثلث مالها على وجه الضرر.

فقيل: إنه جائز قاله ابن القاسم، وأصبغ، وقيل: لا يجوز رواه ابن حبيب، واختار اللخمي الأول قائلاً: قد اختلف في الوصية بالثلث على وجه الضرر.

وظاهر كلام الشيخ أيضًا أنه يدخل في ثلث الميت، ما لم يعلم به، وهو كذلك بالنسبة إلى المدبر في الصحة باتفاق، واختلف في المدبر في المرض والمبتل فيه على أربعة أقوال ثالثها يدخل المبتل دون المدبر، ورابعها عكسه.

وأما الوصايا بالمال فالمعروف من المذهب أن ما لم يعلم به إلى حين الموت لا يدخل نص عليه المفيد.

قال ابن عبد السلام: ولم أر فيه خلافًا سوى ما ذكر اللخمي حيث قال: اختلف في دخول الوصايا ما لم يعلم به الموصي. قال: فأرى أن يكون ذلك على ثلاثة أقسام فإن كانت الوصايا بالثلث لم يكن لأهل الوصايا غير ثلث ما علم به أوصى لواحد أو لجماعة معينين أو مجهولين فإنه هو الذي أعطاهم الميت فلا يزاد عليه، وإن كانت الوصية بغير الثلث بواجبات من زكاة أو عتق عن ظهار وشبه ذلك، وضاق الثلث تممت مما لم يعلم به ومشى في بقية كلامه بنحو من هذا، وهو العمل على ما يفهم من قصد الموصي، وعلى الأول لو اشتهر غرق سفينة ثم أوصى ثم ظهرت السلامة فهل تدخل أم لا ؟

في ذلك قولان، والمنصوص في العبد الآبق والبعير الشارد إذا اشتهر موتهما ثم ظهرت السلامة قولان كغرق السفينة.

قال ابن عبد السلام: لتقارب الفقد حمل الصور كلها محملا واحدًا.

قلت: قال بعض شيوخنا فظاهر كلامه يقتضي أن الخلاف في العبد إنما هو للتخريج اعتمادا منه على لفظ اللخمي، وهو خلاف قول ابن شاس في العبد الآبق والبعير الشارد إن اشتهر موتهما روايتان لأشهب، وهذا هو الصواب لنقل الشيخ أبي محمد عن الموازية، والمجموعة أن أشهب روى القولين في السفينة والعبد الآبق.

وظاهر كلام الشيخ أنه يرد ما زاد وإن كانت الزيادة يسيرة، وهو كذلك، واختلف فيه فقيل: فيمن أوصى بعتق عبده إن وسعه الثلث فزادت قيمته على الثلث بشيء يسير عتق ولا يتبع بشيء، وقيل: يتبع بذلك القدر، وقيل: يكون مقدار ذلك القدر رقيقًا كما هو ظاهر كلام الشيخ كما قلناه.

وقيل: يرد جميعه بقول الميت إن وسعه الثلث ولا معارضة بين هذا الكلام وبين المشهور في المرأة إذا زادت على ثلثها أنه يبطل الجميع خلافًا للمغيرة؛ لأن المرأة يمكنها استدراك مخرجها بإنشاء الثلث ثانيًا قاله الفاكهاني ثم ذكر فائدة، وهي أن مما اختصت به هذه الأمة ثلاثة أشياء: الصلاة على الميت، وثلث الأموال والغنائم.

قال بعض شيوخنا: لا أعرف من خرج الأولين وقال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني رحمه الله تعالى خرجه أبو عمر بن عبد البر في الاستذكار من طرق وقال أبو عمر وهي أحاديث واهية.

قلت: وبقي عليه من خصائص هذه الأمة ثلاثة أشياء:

الأول: التيمم.

الثاني: كون الأصل في الأرض الطهارة حتى تظهر النجاسة، دليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم: **«جعلت لي الأرض مسجدًا وطهورًا فأيما رجل أدركته الصلاة فليصلها»**[1].

الثالث: الوضوء ذكره الفاكهاني عند تكلمه على قول الشيخ في باب ما يجب منه الوضوء والغسل.

(ويرد ما زاد عليه إلا أن يجيزه الورثة العتق بعينه مبدأ عليها):

نقل الفاكهاني عن المذهب أن من لا ورثة له فإنه لا يوصي بأكثر من الثلث بعد أن قال: اختلف في ذلك وظاهر كلام المغربي أن الخلاف مذهبي لقوله في كتاب العدة

---

(١) رواه البخاري (١/١٢٨).

وطلاق السنة، وسبب الخلاف في بيت المال هل هو وارث محقق فلا يجوز، وإنما هو جائز للأموال الضائعة فيجوز.

(والمدبر في الصحة مبدأ على ما في المرض من عتق وغيره، وعلى ما فرط فيه من الزكاة فأوصى به فإن ذلك في ثلثه مبدأ على الوصايا ومدبر الصحة مبدأ عليه وإذا ضاق الثلث تحاص أهل الوصايا التي لا تبدئة فيها):

اعلم أنه إذا ضاق الثلث أو ما يقدم المدبر في الصحة على المشهور وهو ظاهر المدونة في كتاب الوصايا والصوم، ولابن القاسم قول آخر بتقديم صداق المنكوحة في المرض وهو ظاهر كتاب الإيمان بالطلاق منها.

وقيل: إنهما يتحاصان قاله ابن القاسم أيضًا ثم المدبرون في الصحة إن كانوا متفاوتين قدم في الثلث الأول فالأول منهم، وإن كانوا في كلمة واحدة فالمشهور أنهم يعتقون بالحصص، وقيل: يقرع بينهم ثم بعد ذلك الزكاة الموصى بها إلا أن يعترف بحلولها وأنه لم يخرجها فتكون من رأس المال، ولو لم يوص فإن الوارث يؤمر بإخراجها ولا يجبر قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: إذا حلت في مرضه فمن رأس ماله وسواء أوصى بها أم لا، وكلاهما حكاه اللخمي، وهذا الذي ذكرناه من الترتيب هو المشهور، وفي المجموعة أن الزكاة تبدأ على المدبر، وقيل: إنها بعد العتق المعين، وقيل: الوصايا ثم العتق في الظهارة وقتل النفس معًا وقيل: يبدأ عتق النفس إذ لا بدل عنه، وعتق الظهار عنه بدل وهو الإطعام ثم كفارة اليمين ثم المبتلى في المرض والمدبر فيه معًا.

وقيل: إن المبتلى في المرض مقدم على المدبر فيه؛ لأن المبتلى يخرج من رأس المال في حياة المعتق إن لو صح من مرضه بخلاف المدبر ثم الموصى بعتقه معينا أو يشترى على المشهور.

وقيل: الذي في ملكه مقدم على الذي يشترى لاحتمال أن لا يتم شراؤه وعلى الأول فقيل: يلحق بهما في هذه المرتبة من أوصى بعتقه إلى أجل قريب كالشهر أو أوصى بعتقه على مال يعجله، وقيل: لا يلحقان بهما ثم المكاتب ثم المنذور مثل قوله لله علي إطعام عشرة مساكين ثم الموصى بعتقه غير معين، والمال والحج معًا.

وقيل: المعتق مقدم وعلى الأول فمعناه إذا كان الحج ضرورة، وأما حج التطوع فالمعتق مبدأ عليه، وهذا الفصل متسع جدًّا، ولو أفرد له تأليف لكان لذلك أهلا ومحل التكلم بالاستيفاء على ذلك المدونة.

(وللرجل الرجوع عن وصيته من عتق وغيره):

لا خلاف أعلمه أن للرجل الرجوع عن وصيته وسواء كانت وصيته في حال الصحة أو المرض بعتق أو غيره.

وظاهر كلام الشيخ، ولو أشهد أنه لا رجوع له في وصيته أن له ذلك، وهو كذلك على خلاف بين التونسيين وألف بعضهم على بعض فيها، وقال بعضهم، وهو الشيخ أبو علي بن علوان في لزومها بالتزامه.

ثالثها: إن كانت بعتق، ولم يعزها.

قلت: وفي أول المدبر للتونسي ما يفهم منه اللزوم، ويقوم عدمه من كتاب التخيير والتمليك من المدونة قال فيها: وإن قال: أنت طالق تطليقة ينوي لا رجعة لي عليك فيها فله الرجعة.

وقوله: لا رجعة لي عليك البتات باطل إلا أن ينوي بقوله لا رجعة لي عليك البتات، وقاله غير واحد من شيوخنا، والرجوع إن كان بالنطق كما إذا قال رجعت عن وصيتي فواضح، وإن كان أوصى بشيء لزيد ثم أوصى به لعمرو فليس برجوع قاله ابن القاسم في المجموعة.

وقال الباجي: بالدرس والتصفية ينتقل اسمه من الزرع إلى اسم القمح والشعير فكان رجوعا، وقوله أدخله بيته تأكيد لمقصوده، وكذلك قوله: وكاله وإنما يريد بلغ حد اكتياله، ولو جصص الدار وصبغ الثوب ولت السويق فليس برجوع، واختلف هل تكون الزيادة للموصى له أم لا ؟

فالمشهور أنها له وقال أصبغ: الورثة شركاء بما زاد ميتهم، واختلف إذا بنى العرصة، فقيل: برجوع قاله أشهب، وقيل: يشتركان قاله ابن القاسم، واختلف أيضًا في نقض العرصة، فقيل: رجوع، وقيل: لا، قاله أشهب فعورض بما سبق له.

(والتدبير أن يقول الرجل لعبده: أنت مدبرٌ أو أنت حرٌّ عن دبر مني):

قال ابن الحاجب: التدبير عتق معلق على الموت على غير الوصية واعترضه ابن عبد السلام بأنه تعريف بالإضافيات.

وقد ذكروا أنه مما يجتنب في التعريف لإجماله وكذلك يجتنب في تعريف الوصية بالعتق مثلاً أن يقال: عتق معلق على الموت على غير التدبير فاعترضه، وأجابه بعض شيوخنا بأن ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافيات لا أعرفه لهم حيث تقرر في موضعه، وليست الإضافة ملزومة للإجمال فلذلك وقعت في تعريفاتهم كثيرًا كقول القاضي:

القياس حمل معلوم بإضافة حمل إلى معلوم ثم سأل ابن عبد السلام نفسه، فقال: إن قلت: وهل يرد عليه مع ذلك كون التعريف غير مانع لدخول بعض أنواع العتق إلى أجل كمن علق عتق عبده على موت أجنبي؟ فإن كلامه ينطبق عليه، وليس ذلك تدبيرا عندهم.

وأجاب بأن قوله على غير الوصية قرينة تدل على أنه إنما أراد كون التعليق على موت المعتق وحده إذ الوصية لا تكون معلقة إلا على موت الموصي وحده.

قلت: وقطع ابن هارون بأن كلامه غير مانع بما وقع السؤال عنه. قال بعض شيوخنا: وينتقض بحكم عتق أم الولد فإنه عتق معلق على موت مالكها، ولا يجاب بعدم تعليقه ؛ لأنه إن أراد به أنه معنى التعليق اللفظي خرج عنه قوله: أنت حر عن دبر مني فإنه لا تعليق فيه لفظا، وإن أريد به التعليق معنى فعتق أم الولد كذلك وحده بأن قال: التدبير عقد يوجب عتق مملوك من ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم والمدبر هو المعتق من ثلث إلى آخره، ولا خلاف في الصيغتين اللتين ذكرهما المؤلف أنهما من صيغ التدبير.

اختلف إذا قال لعبده في صحته: أنت حر بعد موتي، فقال في المدونة عن مالك، وابن القاسم: إن أراد به وجه الوصية صدق وإن أراد به التدبير صدق.

وقال ابن القاسم: هي وصية أبدًا حتى يتبين أنه أراد التدبير، وقال أشهب فيها: إذا قال هذا في حين إحداث وصية لسفر أو لما جاء أنه لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه فهو تدبير إذا قال ذلك في صحته.

واختلف إذا قيد تدبيره بشرط كقوله: إن مت في سفري أو في مرضي فقيل: إنها وصية قاله ابن القاسم إلا أن يكون قصد التدبير، وقيل: هو تدبير لازم قاله ابن كنانة، وابن سحنون، وابن القاسم أيضًا.

وفي المدونة: إذا قال: أنت حر يوم أموت كقوله: أنت حر بعد موتي، وناقضوها بقول مالك فيمن قال لزوجته: أنت طالق يوم أموت، إنه يعجل عليه.

قال ابن يونس: فينبغي عليه أن يكون في قوله: أنت حر يوم أموت معتقًا إلى أجل.

قلت: قال بعض شيوخنا: وقد يفرق بينهما بأن تعليقه على الموت ظاهر في كونه بعده فلما كان العتق يصح بعد الموت حمل عليه عملا برجحان حمل اللفظ على ظاهره، ولما لم يصح الطلاق بعد الموت حمل على أنه قبله صونا للفظ من حمله على الإهمال.

(ثم لا يجوز له بيعه وله خدمته):

يريد إلا في دين سابق ولا خصوصية للبيع بل، وكذلك هبته والصدقة به نقله

رحمه الله تعالى عن الموازية، وما ذكر أنه لا يجوز بيعه هو المشهور مطلقًا.

وفي نوازل ابن الحاج عن ابن عبد البر: كان ابن لبابة يفتي ببيعه إذا تخلق على مولاه وأحدث أحداثا قبيحة لا ترضى كما روي عن عائشة رضي الله عنها، وأول ابن رشد فعل عائشة بأنها أرادت قتلها بالسجن وذلك بين من قولها أرادت تعجيل العتق فحرمتها منه كحرمان القاتل من الميراث.

وقال الشافعي وغيره: التدبير وصية يجوز بيعها بكل حال.

قال ابن عبد البر: وناقض الشافعي على مالك بيع المدبر في المقاواة فيما إذا دبر أحد الشريكين قال غيره: وأجاب سحنون بأن المقاواة إنما قلنا بها لإزالة الضرر عن الشريك الذي لم يدبر وعلى المشهور فإن بيع فإنه يفسخ ما لم يفت اتفاقًا.

واختلف إذا فات بعتق المشتري له فقيل: بإمضاء البيع ويكون الولاء للمشتري وقيل: يفسخ البيع، ويرجع مدبرا على ما كان عليه والقولان لمالك.

(وله انتزاع ماله ما لم يمرض وله وطؤها إن كانت أمة ولا يطأ المعتقة إلى أجل ولا يبيعها وله أن يستخدمها):

يريد إذا كان المرض مخوفا عليه فيه، وما ذكر الشيخ زعم ابن حارث في ترجمة باب جامع المدبر الاتفاق عليه.

وقال ابن هارون: حكى ابن رشد في المريض أن له انتزاع ماله ؛ لأنه ينتزعه لنفسه وحكاه ابن عبد السلام بلفظ: وقيل له: انتزاعه مطلقًا.

قال: وهو الأصل قال بعض شيوخنا: ولا أعرفه وأظنه لابن نافع، ولم أجده لابن رشد، وظاهر كلام الشيخ: ولو فلس السيد أنه يجوز له أن ينتزع ماله، وهو ظاهر المدونة.

وقيل: ليس له ذلك وجعله ابن الحاجب المذهب، فقال: وللسيد أخذ ماله ما لم تحضره الوفاة أو يفلس وأراد بقوله ما لم تحضره الوفاة ما لم يمرض المرض المخوف، وليس لغرماء السيد أخذ ماله.

واختلف هل لهم أن يجبروا السيد على انتزاعه أم لا ؟ فالمنصوص أن ليس لهم ذلك، وخرج بعضهم مما قيل في المذهب فيمن حبس عليه الحبس وشرط عليه المحبس أن يبيع متى احتاج إلى البيع أن للغرماء جبر السيد المحبس عليه على البيع أن يكون للغرماء إجبار القادر على انتزاع مال عبده.

(وله أن ينتزع مالها ما لم يقرب الأجل وإذا مات فالمدبر من ثلثه والمعتق إلى أجل من

رأس ماله):

قال الفاكهاني: قدر القرب الشهر والشهران.

(والمكاتب عبد ما بقي عليه شيء):

قال ابن عبد السلام: لما كانت حقيقتها العرفية معلومة، وهي إعتاق العبد على مال منجم لم يتعرض ابن الحاجب إلى رسمها، واعترضه بعض شيوخنا بأنه يدخل في كلامه عتقه على منجم على أجنبي، وليس بكتابة ولا حكمه حكمها وحدها بأن قال الكتابة عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه.

قال ابن عبد السلام: قالوا: والحد الذي تجوز فيه كتابة المكاتب إذا بلغ حد السعاية، وهو بلوغ سنه عشر سنين، واختلف في كتابة الصغير والأمة للذين لا مال لهما، ولا يسعيان بالجواز، والكراهة.

وظاهر كلام أشهب التحريم لقوله: تفسخ كتابة الصغير ما لم يعرف بالأداء.

قلت: قال بعض شيوخنا: تأمل قوله: قالوا: فإن أراد بذلك على قول أشهب فهو خلاف نصه تمنع كتابة ابن عشر سنين، وإن أراد على قول ابن القاسم فظاهر نقل الباجي عنه جوازه، وإن لم يبلغ عشر سنين.

(والكتابة جائزة على ما رضيه العبد وسيده من المال منجما قلت النجوم أو كثرت):

اعلم أن قول الشيخ جائزة نفي لما يتوهم، وإنما أراد أنها مندوب إليها. قال الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمۡ ﴾ [النور: ٣٣]، ونص على الندبية ابن شعبان في نقل الباجي، وعزاه اللخمي لرواية ابن القصار في قول مطرف وتأول اللخمي عن مالك في الموطأ أنه يقول: الكتابة مباحة لا مندوب إليها لقوله هناك: إن بعض أهل العلم كان إذا سئل عن آية الكتاب تلا قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْ ﴾ [المائدة: ٢]، وقوله: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ ﴾ [الجمعة: ١٠].

قلت: وعزاه الباجي لإسماعيل القاضي وعبد الوهاب، ورواية ابن الحاجب، وقال اللخمي: أرى إن كان العبد لا يعرف بسوء وسعاية من مباح وقدر الكتابة ليس بأكثر من خراجه بكثير فمباحة، وإن عرف بالسوء والإذاية فمكروهة، وإن كانت سعايته من حرام فمحرمة.

وظاهر كلام الشيخ: أن السيد لا يجبر عبده على الكتابة، وهو كذلك على

المشهور وروى إسماعيل القاضي عن مالك أنه يجبره وهو ظاهر سماع أشهب، وبه قال ابن بكير وإسماعيل، وأخذه ابن رشد من قول المدونة عتقه بتلاً على مال عليه بعد العتق دينًا فالكتابة أحرى.

ورده بعض شيوخنا بتحقق العتق في مسألة المدونة وأما الكتابة فهي معروضة للعجز بعد أداء جلها واختار اللخمي أن السيد إذا رضي من عبده بمثل خراجه أو زيادة يسيرة فله الجبر، وإلا فلا وحسنه ابن عبد السلام قائلاً: لأنها منفعة للعبد خالية عن الضرر.

واختلف المذهب إذا اشترط السيد وطء مكاتبته، واستثنى حملها فقيل: إن الشرط ساقط، قاله ابن القاسم، ونقل ابن المواز عن أشهب عن مالك أن الكتابة تفسخ إلا أن يرضى السيد بطرح الشرط، واختار ابن المواز مثله ما لم تؤد نجما منها فإن الكتابة ماضية، ويبطل الشرط.

واختلف هل تنافي الكتابة الحلول أم لا ؟ فقيل: تنافيه ؛ لأن الكتابة لم تقع قديمًا وحديثا إلا مؤجلة. وقيل: إنها كالبيع تقبل الحلول والتأجيل غير أن الغالب عليه عند أهل المذهب التأجيل، ولذلك قالوا: إذا أوصى الموصي بالكتابة مجملة نجمت على حسب ما يراه أهل المعرفة.

وزعم ابن رشد أنه مذهب مالك قال: وقول الشيخ أبي محمد في رسالته الكتابة جائزة على ما رضيه العبد وسيده من المال منجما ظاهر في أنها لا تكون إلا منجمة وليس بصحيح، وإنما منعها حالة أبو حنيفة ورده بعض شيوخنا بأن قول أبي محمد لا يدل على منعها حالة بل عدم صدق لفظ الكتابة عليها فقط فتأمله.

(فإن عجز رجع رقيقًا وحل له ما أخذ منه ولا يعجزه إلا السلطان بعد التلوم إذا امتنع من التعجيز):

ما ذكر الشيخ من أنه إذا عجز رجع رقيقًا وحل له ما أخذ منه هو مذهبنا واضطرب العلماء فيه اضطرابًا كثيرًا وظاهر كلام الشيخ أنهما إذا اتفقا على التعجيز لا يفتقر إلى السلطان وإن كان له مال ظاهر، وهو كذلك عند مالك.

وقال أيضًا: إن كان له مال ظاهر فلا بد من تعجيز السلطان.

وقال سحنون: لا بد من السلطان مطلقًا، وكلها نقلها اللخمي قائلاً: وعلى القول بالمنع إذا رضي بالفسخ، ولم ينظروا في ذلك حتى فات بالبيع أو بإعتاق المشتري فقيل: البيع فوت، وقيل: ليس بفوت إلا أن يفوت بعتق.

وقيل: يرد البيع، ولو أعتق فإنه ينقض، وقيل: إذا باع السيد رقبته برضاه جاز قاله ابن القاسم في الدمياطية، وقول الشيخ: لا يعجزه إلا السلطان ظاهر في أن التلوم لا بد منه سواء كان يرجى له الخلاص أم لا!! وهو كذلك إلا أن القلة والكثرة تختلف بذلك صرح في المدونة، وفيها أيضًا: ومن شرط على مكاتبه أنه إن عجز عن نجم ما فهو رقيق، وإن لم يرد نجومه إلى أجل كذا فلا كتابة لم يكن للسيد تعجيزه بما شرط، ولا يعجزه إلا السلطان بعد أن يجتهد له في التلوم بعد الأجل، فمن العبيد من يرجى لهم في التلوم، ومنهم من لا يرجى له فإن رأى له وجه أداء تركه، وإلا عجزه فظاهرها أن التلوم لا بد منه وإنما الاجتهاد في قدره.

وقال المغربي: إنها محتملة لذلك، ومحتملة لأن يكون معناها أن من لا يرجى له لا يتلوم له كمسألة العجز عن النفقة فإن للشيوخ تأويلين عليها، وليس كذلك بل الفرق من وجهين:

أحدهما: حق الله هنا وحق الآدمي هناك، وقد علمت أن حق الله آكد.

والثاني: أن العبد مظنة أن يرجى له لأن الغالب كونه ممن يتصدق عليه ويوهب له بخلاف الحر فليس هو في مظنة ذلك، والله أعلم.

(وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها من مكاتبة أو مدبرة أو معتقة إلى أجل أو مرهونة وولد أم الولد من غير السيد بمنزلتها):

قال التادلي: يخرج من هذا العموم الأمة المستأجرة والمستخدمة والموصى بعتقها.

قلت: لا يحتاج إلى هذا الإخراج لقوله: من، فليس في كلامه عموم وظاهر كلام الشيخ سواء حملت به بعد العقد أو قبل العقد، وهو كذلك وسواء كان من زوج أو من زنا.

(ومال العبد له إلا أن ينتزعه السيد فإن أعتقه أو كاتبه، ولم يستثن ماله فليس له أن ينتزعه، وليس له وطء مكاتبته، وما حدث للمكاتب والمكاتبة من ولد دخل معهما في الكتابة وعتق بعتقهما):

ظاهر كلام الشيخ أنه يملكه حقيقة فيقوم من كلامه فرعان:

الفرع الأول: أنه يجوز له أن يطأ جاريته إذا ملكها، وهو كذلك نص عليه مالك في الموطأ.

قال ابن زرقون وذكر ابن القصار أن أهل العراق لا يجيزون للعبد أن يطأ

جاريته وتقدم نحو كلامه على أبي عمر يريد أنه قال فيما سبق من يقول العبد لا يملك لا يجوز له التسري بحال، وما في الموطأ هو ظاهر الروايات من المدونة، وغيرها.

وقال ابن عبد السلام في كتابه الرهون: المحجور عليه لا يجوز له أن يطأ أمته إلا بإذن سيده بخلاف المأذون له ورده بعض شيوخنا بكلام مشبع فانظره.

الفرع الثاني: يجب على العبد أن يزكي المال الذي بيده، وتقدم في محله أن ابن هارون نقل عن ابن كنانة مثله في المدونة والمشهور لا يزكي، هكذا رأيته في النسخة التي كانت بيدي، ورأيت الآن في بعض النسخ إسقاط ابن كنانة فلعله أخذ لا نص.

وتقدم اعتراض بعض شيوخنا عليه بأن ما ذكره لم يجده في المدونة بحال.

(وتجوز كتابة الجماعة ولا يعتقون إلا بأداء الجميع):

يريد إذا كان المالك واحدًا وأما عبد لك وعبد لغيرك لم يجز لكما جمعهما قاله في المدونة فإن وقعت فقال اللخمي: يختلف هل تمضى وتفض الكتابة عليهما وتسقط حمالة أحدهما عن الآخر أو تفسخ ما لم يؤد نجما واحدًا من الكتابة على ما تقدم في الشروط الفاسدة، وهذا كله إن دخلا على الحمالة، وأما إن كان السيدان عقدا الكتابة لا على الحمالة فقال ابن عبد السلام: قال الباجي: إنها جائزة، ويجعل على كل واحد من العبدين ما ينوبه من جملة الكتابة.

وأشار إلى أنه لا يختلف فيه كما اختلف في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

قلت: قال التادلي: منهم من أجرى ذلك على جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، وأما لو كان العبدان شركة لرجلين فاختلف في جمعهما في كتابة واحدة فلم يجز ذلك أشهب قائلاً: لأن كل عبد يتحمل لغير سيده إلا أن يسقطا حمالة بعضهم فيجوز، وقال ابن ميسر ليس كما احتج لأن لكل واحد نصف كل عبد فإنما يقبض كل واحد عن نصفه نصف الكتابة فلم يقبض أحدهما عن غير ملكه شيئًا.

واختلف المذهب في صورة الشيخ على أربعة أقوال: فقيل: إن الكتابة توزع على قدر قوتهم على الأداء يوم عقد الكتابة قاله في المدونة وهو قوله أيضًا في كتاب ابن المواز، وفيه أيضًا أنها تفض على اعتبار حالهم ذلك اليوم مع رجاء الحال التي يكونون عليها بعد ذلك من قوة وضعف.

وقال عبد الملك: تفض على عددهم وكذلك إذا استحق أحدهم وهم أربعة سقط عنهم ربع الكتابة، هذا ظاهر ما حكاه ابن يونس عنه وحكى اللخمي عنه أنها تكون على قدر القوة على الأداء وقيمة الرقاب، وما ذكر الشيخ أنهم لا يعتقون إلا

بأداء الجميع صحيح إذ هو ثمرة الحمالة، وكذلك يؤخذ المليء بالجميع.

ونص على ذلك في المدونة ولابن رشد في المسألة التاسعة من نوازل سحنون ظاهر قول المغيرة أنهم لا يكونون حملاء بعضهم عن بعض إذا كوتبوا كتابة واحدة إلا أن يشترطوا ذلك وهو خلاف المدونة وغيرها، واختلف هل يوضع لموت أحدهم شيء أم لا ؟ فالمعروف من المذهب أنه لا يوضع لذلك شيء، وقال اللخمي: القياس أن يحط عنهم ما ينوبه لأن كل واحد اشترى نفسه بما ينوبه من تلك الكتابة فمن مات في الرق سقطت الحمالة عنه، وإن استحق أحدهم بحرية أو ملك سقط عنه ما ينوبه نقله الباجي عن الموازية.

قال: ولابن حبيب عن أصبغ من أعتقه سيده وأبى ذلك شركاؤه فأدى معهم حتى عتقوا لم يرجع على سيده بما أدى.

قلت: وقال أبو حفص العطار في رجوعه عليه قولان، والصواب الرجوع.

(وليس للمكاتب عتق ولا إتلاف ماله حتى يعتق):

ظاهر كلام الشيخ: وإن أذن له سيده وهو كذلك عند غير ابن القاسم في المدونة قائلاً: لأنه داعية إلى رقه، وقال ابن القاسم فيها: لا يجوز إلا بإذن السيد والقولان فيها في كتاب الحمالة والأقرب أنهما يرجعان إلى قول واحد فيحمل قول الغير على إتلاف المال الكثير، وقول ابن القاسم على اليسير قال في المدونة: ويجوز كتابة جماعة ووكالتهم في الخصومة بإذن السيد لأن من وكل عبده بقضاء دينه فقام للعبد شاهد أنه قد قضاه حلف العبد وبرئ كالحر سواء، ولا يحلف السيد، وأقام منها المغربي صحة وكالة الصبي لأنه محجور عليه كالعبد وارتضى هذه الإقامة بعض من لقيناه ممن تولى قضاء الجماعة بتونس، وهو شيخنا أبو مهدي عيسى رحمه الله تعالى، وأجبته بأنها إقامة ضعيفة ؛ لأن حجر الصبي ذاتي فالغالب عليه إتلاف ما يوكل عليه، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال[1] بخلاف حجر العبد فإنما هو لحق السيد، وقد يكون العبد في ذاته رشيدًا فالحق أن وكالة الصبي لا تجوز وهو نقل اللخمي قال: لأنه تضييع للمال، وعليه العمل عندنا بتونس وظاهر كلام ابن رشد جواز توكيله، وكذلك في نوازل ابن الحاج، قال: ومن وكل على قبض دين له صبيا قبل بلوغه فقبضه براءة للغريم ؛ لأن رب الحق رضي به وأنزله منزلته.

---

(١) رواه البخاري (٥١٨/٢).

قال بعض شيوخنا: وهو ظاهر كتاب المديان من المدونة وفيها ما نصه.

قلت: أرأيت إن دفعت إلى عبد أجنبي محجور عليه مالا يتجر لك به أو ليتيم محجور عليه ثم لحقهما دين أيكون في ذمتهما؟ قال قال مالك: يكون في المال الذي دفع إليهما، وما زاد فهو ساقط إلا أن يقال: إنما تكلم عليه بعد الوقوع، والأول أظهر، وهو الأكثر من أخذ الأشياخ الأحكام من مفروضات المدونة.

(ولا يتزوج ولا يسافر السفر البعيد بغير إذن سيده):

يقوم من كلام الشيخ أنه لا يكفر إلا بالصيام وهو مقتضى نقل المدونة أنه كالعبد ونص ابن شاس على ذلك، قال بعض شيوخنا: ولا أعرفه لغيره نصًّا في المذهب بل للغزالي في وجيزه، واختلف إذا تزوج بغير إذن سيده فالمشهور أنه يخير السيد في فسخه وإمضائه، وقال الأبهري: القياس فسخه، وعلى الأول إذا اختار الفسخ فقيل بطلاق، وقيل: بغيره، وعلى الأول فقيل: بطلقة، وقيل: بطلقتين، والقولان في المدونة والمعروف أنه بائن وقيل: رجعي فلو عتق في العدة كان أحق بها كما قيل في المعتقة تحت العبد تختار الفراق ثم يعتق هو في عدتها.

واختلف في إذا دخل بها العبد ثم علم السيد به بعد البناء وبعد أن دفع الصداق لها فقال في المدونة: يترك لها ربع دينار، وقال ابن الماجشون: لا يترك لها شيئًا.

وظاهر كلام الشيخ: أن السفر القريب جائز، وهو كذلك عند ابن القاسم، ومنعه مالك مطلقًا.

وقال اللخمي: إن كان صانعا أو تاجرا قبل كتابته فللسيد منعه، وإن بارت صناعته أو تجارته، واحتاج للسفر لم يكن ذلك له إلا بحميل بالأقل من باقي كتابته أو قيمته، وإن كان شأنه السفر ومنعه السيد قبل كتابته لم يمنع إلا في السفر يحل النجم عليه قبل رجوعه منه، وإن اتهم على ذلك منع إلا بحميل.

قلت: قال بعض شيوخنا: الحمالة خلاف المذهب، قال الفاكهاني: وكان الشيخ أراد بقوله السفر البعيد الذي تحل فيه نجومه قبل قدومه كالمديان.

(وإذا مات وله ولد قام مقامه وأدى من ماله ما بقي عليه حالا وورث من معه من ولده ما بقي):

اعلم أن المكاتب إذا مات، وكان له وفاء بالكتابة، وفضلت فضلة فالمذهب أنه لا يرثه ورثته الأحرار، وإنما يرثه من معه في الكتابة على خلاف في تبعيتهم، وفي ذلك أربعة أقوال: فقيل: لا يرثه إلا قريب يعتق عليه من الأب والأولاد والإخوة قاله عبد

الملك وابن القاسم مرة وقيل: لا يرثه إلا الولد خاصة، وقيل: يرثه قريبه الحر ممن معه إلا الزوجة قاله ابن القاسم أيضًا، وقيل والزوجة وكل هذه الأقوال منسوبة إلى مالك، والمشهور منها الثالث.

وقال الشافعي: يرثه سيده قال الفاكهاني، وكأنه القياس لقوله صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم: «**المكاتب عبد ما بقي عليه درهم**»(١).

(وإن لم يكن في المال وفاء فإن ولده يسعون فيه ويؤدون نجوما إن كانوا كبارا):

قوة كلام الشيخ تقتضي أن هذا المال لا يرجع لمن معه في الكتابة من أجنبي أو قريب غير الولد وهو كذلك قاله ابن القاسم في المدونة، وقال أشهب: يدفع إلى من معه، وقال ربيعة: لا يدفع لأحد سواء كان قريبًا أو أجنبيا ولو كانوا ذوي قرابة، وأمانة، وليتعجله السيد، ويحاسبهم به من آخر النجوم.

(وإن كانوا صغارا وليس في المال قدر النجوم إلى بلوغهم السعي رقوا وإن لم يكن له ولد معه في كتابته ورثه سيده):

يريد ما لم تكن معهم أم ولد فإن كانت ولها قوة وأمانة، دفع إليها إن رجي لها قوة على سعي بقية الكتابة، أو كان في المال ما يبلغهم السعي، وأما إن لم تكن لها قوة فإنها تباع ويضم ثمنها إلى التركة فيؤدي إلى بلوغهم السعي وحيث آل الأمر إلى بيع أم الولد فقال مالك في المدونة: للولد بيع من فيه نجابة من أمهات الأولاد أمهم كانت أو غيرها.

وقال ابن القاسم: أرى أن لا يبع أمه إذا كان في بيع سواها ما يكفيه، واختلف قول سحنون إذا كن أمهات أولاد متعددات فقال مرة يقرع بينهن، وقال مرة يباع من كل واحدة بقدرها.

قالوا: يريد غير أم الولد الموجود إلا أن يكون لكل واحدة ولد فيباع من كل واحدة بقدرها.

(ومن أولد أمة فله أن يستمتع منها في حياته، وتعتق من رأس ماله بعد مماته):

ما ذكر الشيخ صحيح ومذهبنا أنه لا يردها دين سابق، وقد روى علي أنها تباع في الدين وروي عنه أنه رجع عنه، ولو قال في مرضه هذه ولدت مني، ولا ولد معها فلا يخلو إما إن يكون له ولد من غيرها أم لا فإن كان فإنه يصدق وقيل: لا يصدق

---

(١) رواه أبو داود (٤/٢٠)، والترمذي (٣/٥٦٠).

قاله أكثر أصحاب مالك، والقولان لمالك رحمه الله، وإن لم يكن له ولد فإنه لا يصدق. قاله في المدونة.

قال اللخمي: وعلى قوله في المرض يقر بقبض كتابة مكاتبه وورثته كلالة: إنه يقبل قوله هنا، ولو كانت ورثته كلالة إذا كان الثلث يحملها، ولم يشغل الثلث بوصية.

واختلف إذا اشترى زوجته، وهي حامل منه فقيل: إنها تكون به أم ولد، وقيل: لا، والمشهور هو الأول.

(ولا يجوز له بيعها ولا له عليها خدمة، ولا غلة، وله ذلك في ولدها من غيره، وهو بمنزلة أمه في العتق يعتق بعتقها):

ما ذكر من أن بيعها لا يجوز هو مذهبنا باتفاق بل زعم غير واحد الإجماع على ذلك ومنع بعضهم ثبوته، وكذلك بيعها حاملا من سيدها، وحكى البرذعي عن النخعي في احتجاجه على داود الظاهري الإجماع على منع بيعها، وقدح فيه بعض فقهاء تونس بناء على قول من يجيز بيع الحامل واستثناء جنينها.

ونقل بعض من شرح التهذيب أنه أبو سعيد البرذعي الحنفي، واشتد نكير شيخنا أبي مهدي عيسى الغبريني أيده الله تعالى بقوله: إنما هو أبو سعيد البراذعي الخراساني.

ذكر الشيخ ابن سيد الناس الأندلسي وغيره قالوا: سار البرذعي من بلده إلى الحج، فلما وصل إلى بغداد وجد داود الظاهري في مجلسه وهو يقول: أجمعنا على أن بيع أم الولد قبل حملها جائز فكذلك بعد وضعها أخذا بالاستصحاب فقال البرذعي: أجمعنا على أن بيعها حالة العلوق لا يجوز فكذلك بعده أخذا بالاستصحاب فانقطع قال: فخرجت وأنا أستخير الله في الجلوس لتعليم العلم، وترك الحج لغلبة مذهب داود على غيره فرأيت في المنام تلك الليلة قارئا يقرأ قوله تعالى: ﴿فَأَمَّا ٱلزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَآءً وَأَمَّا مَا يَنفَعُ ٱلنَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [الرعد: ١٧] فلما استيقظت وإذا بصارخ يقول: إلا أن داود الظاهري قد مات فتركت الحج، وجلست للناس قال: يقول هذا القائل هو الزناتي شارح التهذيب أنه أبو سعيد البرذعي خطأ من وجوه منها أنه لم يكن في عصر داود، ومنها أن هذا المنقول عنه إنما هو البرذعي بإسكان الراء على غير ذلك.

قلت: قال بعض شيوخنا: وأخبرني بعض من لقيناه من الثقات الحفاظ يريد به أبا عبد الله محمد الشطي أنه وقف على حاشية في رسالة ابن أبي زيد بخط من يوثق به

إمضاء بيعها عن علي بن زياد، وإذا فرعنا على المعلوم من المذهب ووقع بيعها فإنه يفسخ ويتحفظ منه عليها لئلا يعود إلى بيعها، ولا يمكن من السفر بها، وإن خيف عليها وتعذر حفظها عتقت عليه. كقول مالك فيمن باع زوجته أن لا يكون بيعها طلاقا، ويطلق عليه إن خيف عوده لذلك، والحكم ما ذكرناه من الفسخ، ولو أعتقها المشتري فمصيبتها من البائع بخلاف البيع الفاسد في غيرها، وما ذكر أنه ليس له عليها خدمة يريد معتبرة.

وأما الخدمة الخفيفة فإنها عليها قاله القاضي عبد الوهاب، وقال ابن القاسم: ليس له في أم الولد أن يعتقها في الخدمة، وإن كانت دنيئة، وتبتذل الدنيئة في الحوائج الخفيفة ما لا تبتذل فيه الرفيعة فحمله ابن عبد السلام وغيره على خلاف قول القاضي عبد الوهاب، ولا يبعد حمله على الوفاق، وقال أبو حنيفة له فيها الخدمة.

قال الباجي: وهو الأظهر عندي لأنها باقية على حكم الملك، وإنما منع أن يملكها غيره قياسًا على استخدامه ولدها ؛ لأن حرمتهما واحدة إذ كل ذات رحم فولدها بمنزلتها في الحرمة فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال، وإذا فرعنا على المشهور فليس له أن يؤاجرها ولو وقع ذلك، وفات لم يرد، وكانت الإجارة له قاله اللخمي.

(وكل ما أسقطته مما يعلم أنه ولد فهي به أم ولد):

لا خلاف في المذهب أنه إذا أقر السيد بوطئها وثبت الإتيان بولد حي أو ميت علقة فما فوقها مما يقول النساء: إنه منتقل إنها تكون به أم ولد.

واختلف في الدم المجتمع فقال ابن القاسم في المدونة في كتاب الديات: إنه معتبر ذكر ذلك في أخذه في الكلام على الغرة، وألغاه أشهب.

قال شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني رحمه الله: وأسقطه البراذعي، وهو مما يتعقب به عليه.

قلت: لا يتعقب عليه لكونه ذكره في كتاب الاستبراء، ونصه: ومن اشترى جارية حاملا فليتواضعها حتى تلد، وليقبضها المبتاع، وينقد ثمنها، ولا يطؤها حتى تلد فإن ألقت دما أو مضغة أو شيئًا مما يستيقن النساء أنه ولد فاستبراؤها ينقضي به كما تنقضي بذلك العدة في الحرة وتكون به الأمة أم ولد، وعكس عياض في الإكمال فعزا لكل واحد من ابن القاسم وأشهب ما للآخر، ولم يزل أشياخنا بأجمعهم ينبهون عليه كما نبه عليه ابن عبد السلام في العدد فاعلمه.

واختلف إذا أنكر السيد الوطء فالأكثر أنه لا يتوجه عليه اليمين إذا ادعت عليه

ذلك ؛ لأنها من دعوى العتق، وهي غير موجبة لليمين على أصل المذهب، واختار اللخمي تحليفه إذا كانت من الوخش، وعلم منه الميل إلى ذلك الجنس.

والفرق بين هذا وبين دعوى العتق أن الغالب حصول الوطء في هذا الموضع والعتق نادر، ولو قيل: لا يصدق في العلي إذا طال مقامها لكان له وجه وإذا أقر السيد بالوطء، وأنكر الولادة وليس مع الأمة ولد فإن اليمين تتوجه عليه بذلك.

واختلف إذا أتت بامرأتين على الولادة هل تكون بذلك أم ولد أم لا ؟ وكذلك اختلف إذا كان معها الولد.

فقيل: يقبل قولها قاله مالك في المدونة، وقال أيضًا: لا بد من امرأتين على الولادة، وقال ابن المواز: يقبل قولها إن صدقها جيرانها ومن حضرها، وليس يحضر مع ذلك الثقات.

واختار اللخمي بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة الرجوع إلى دلائل الأحوال في ذلك من اللبن ودم النفاس، وتغير الوجه إن اختلف قرب ما تزعم أنها ولدت فيه.

واختلف إذا توفي سيدها وهي حامل منه فمرة، قال مالك: تكون حرة إذا تبين الحمل بتحرك الولد وهو قول ابن القاسم وروايته، ومرة قال: لا تكون حرة حتى تضع الحمل لاحتمال أن ينفش الحمل، وهو مذهب ابن الماجشون وسحنون.

(ولا ينفعه العزل إذا أنكر ولدها وأقر بالوطء):

ما ذكر الشيخ من أنه لا ينفعه العزل عنها صحيح ؛ لأن الماء قد يغلبه ولو اليسير منه، وقال اللخمي: إلا أن يكون العزل البين، وأما الوطء في الدبر، وبين الفخذين مع الإنزال ففي ذلك قولان: فقيل: كالأول، وقيل: لا يلحق به ؛ لأن الماء إذا باشر الهواء فسد وكلاهما ذكره اللخمي، واختار الأول ؛ لأن ما ذكره مظنون فلا يسقط النسب لمثله، واستبعد الباجي الأول قائلاً: إذ لو صح أن يكون من الوطء بين الفخذين ولد لما لزم من ظهر بها حمل حد.

قال سحنون: ولو كان الإنزال بين شفري الفرج لحق الولد قولاً واحدًا.

قال ابن القاسم: ولو قال: كنت أطؤها ولا أنزل لم يلزمه به الولد.

(وإن ادعى استبراء لم يطأ بعده، ولم يلحق به ما جاء من ولد):

ما ذكر الشيخ هو المشهور في كتاب ابن سحنون عن المغيرة لا يبرأ منه إلا إلى خمس سنين، وهذا منه تضعيف للاستبراء، وعلى الأول فاختلف هل يلزم في ذلك يمين أم لا ؟ فالأكثرون على أنه لا يحلف وتؤول على المدونة في قولها فهو مصدق، وقيل:

يحلف قاله عيسى.

وقال ابن مسلمة: يحلف إن اتهم واختار بعض المتأخرين قول عيسى ؛ لأن دعواها قد حققتها ولا يحتاج إلى التفصيل بين المتهم، وغيره.

واختلف هل الاستبراء بحيضة كاف أم لا ؟ فالأكثر على أنه كاف قال ابن الحاجب، وانفرد المغيرة بثلاث حيض، ويحلف، قال ابن عبد السلام: وهو غير صحيح فإن ابن رشد ذكره عن عبد الملك عن مالك قائلاً، ويحلف كما قال.

قلت: وعزاه اللخمي لعبد الملك في كتابه لا لروايته.

(ولا يجوز عتق من أحاط الدين بماله):

إنما لا يجوز ذلك لحق الغير ؛ لأنهم لم يعاملوه على ذلك، ولا أعلم فيه خلافًا.

قال في المدونة في كتاب العتق الأول: ولا يجوز عتق من أحاط الدين بماله ولا صدقته، ولا هبته، ولو كانت الديون التي عليه إلى أجل بعيد إلا بإذن غرمائه، وأخذ منها شيخنا أبو مهدي رحمه الله أن من أحاط الدين بماله يجوز له أن يضحي؛ لأنه إنما نفى ما ذكر فقط ومن حيث المعنى أن الغرماء عاملوه على ذلك.

قال المغربي: وأخذ الشيوخ أن من عليه فوائت أنه لا يتنفل.

قلت: وأخذ التادلي مثله من قول الشيخ أبي محمد قائلاً: فإن تنفل فقال ابن رشد في أجوبته أثم بترك الفرض وأثيب بفعل النوافل.

وقال المغربي: يجوز له أن يتنفل، ولا يحرم نفسه من الفضيلة.

قلت: ويرد هذا الأخذ الإجماع على أن رد مظالم الخلق في كل واجب فورا في كل آن آن، ولا كذلك في الفوائت لقول ابن رشد في البيان: ليس وقت ذكر المنسية بمضيق لا يجوز تأخيرها عنه بحال كغروب الشمس للعصر، ولقولهم: إن ذكرها مأموم تمادى، وكذلك الفذ عند ابن حبيب، ولقوله في آخر أجوبته إنما يؤمر بتعجيلها خوف معاجلة الموت، فيجوز تأخيرها حيث يغلب على ظنه أداؤها.

واعلم أن رد الغرماء رد إيقاف على المشهور.

وقال ابن نافع: رد إبطال، واختلف قول مالك في قضاء من أحاط الدين بماله لبعض الغرماء دون بعض، وكذلك اختلف قوله في رهنه حينئذ.

(ومن أعتق بعض عبده استتم عليه):

ما ذكر الشيخ هو مذهبنا باتفاق، وذهب بعض العلماء على أنه لا يستتم عليه، ويريد الشيخ أن حكم عبد غيره كعبده.

وظاهر كلام الشيخ: أنه مذهبنا، وذهب بعض العلماء إلى أنه لا يستتم عليه، ويريد الشيخ أن حكم عبد غيره كعبده وظاهر كلام الشيخ أنه يعتق عليه بالحكم لا بالسراية لقوله: استتم عليه، وهو كذلك في إحدى الروايتين وكلتاهما نقلهما اللخمي قائلاً: والأحسن الأولى ثم قال: وهو الصحيح من المذهب.

وقال ابن رشد في أول رسم سماع يحيى بن القاسم: من أعتق نصف عبده في صحته فلم يرفع ذلك حتى مات المعتق لم يعتق منه إلا ما عتق في صحته، هذا هو مشهور المذهب.

وقيل: يكون حرًّا كله لسريان العتق في جميعه حكاه عبد الوهاب، ولو أعتق نصف عبده، وتصدق بنصفه على آخر فليقوم على المعتق، ويلزمه نصف قيمته للمتصدق عليه فإن مات المعتق أو أفلس قبل أن يستتم عليه عتقه فالمتصدق عليه أولى بنصيبه يسترقه وسواء تصدق عليه بنصفه قبل عتق النصف أو بعده فالقيمة تلزمه في الوجهين ؛ لأنه رضي أن يكون شريكًا معه قاله مطرف، وابن الماجشون.

وقال ابن القاسم في العتبية وكتاب ابن سحنون: من قال لرجل في كلام واحد نصف عبدي صدقة على فلان ونصفه حر فالصدقة ثابتة، ويقوم عليه إن كان مليا، وإن بدأ بالعتق فهو حر كله.

(وإن كان لغيره معه فيه شركة قوم عليه نصيب شريكه بقيمته يوم يقام عليه وعتق):

ما ذكر أنه يقوم عليه لا أعلم فيه خلافًا، ووافقنا من خالفنا في الفرع الأول قالوا: لأن الموجب للتقويم على المعتق إنما هو إدخاله العيب في ملك غيره، وذلك مفقود في تبعيضه عتق عبده، وظاهر كلام الشيخ أنه يعتق عليه بالحكم وهو كذلك على المشهور، وكلاهما لمالك والقول المشهور هو قول التهذيب، ومن أعتق شقصًا له في عبد بإذن شريكه أو بغير إذنه وهو ملي قوم عليه نصيب صاحبه بقيمته يوم القضاء وليس في الأم أو بغير إذنه لكنه أحروي ولا يوم القضاء إلا أنه مراده.

فإن قلت: هذا القول مشكل؛ لأن القاعدة في سائر المتلفات أن تكون قيمتها يوم الجناية قيل: لما كان الشريك بالخيار بين عتق نصيبه أو التقويم ناسب أن تكون القيمة يوم الحكم والله أعلم.

واختلف هل يقوم نصيب الشريك، وهو المشهور أو يقوم جميع العبد، وهو قول التونسي؟ في ذلك قولان.

واختلف إذا قال إذا مت فنصيبي حر، والأصح أنه لا تقويم فيه وهو نص المدونة قال فيها: وسواء كان له مال مأمون أم لا، ومثله مالك في المبسوط، ويشترط في التقويم عليه أن يكون هو المبتدئ لتبعيض العتق فلو كان بعضه حرًّا لم يقوم عليه، ولأجل هذا لو كانوا جماعة مشتركين في عبد فأعتق اثنان منهم متعاقبين فالتقويم لمن لم يعتق على المعتق الأول وحده، ولا تقويم على من بعده، وذكر سحنون عن ابن نافع أنه يقوم على الثاني، ولو أعتق اثنان معًا فإنه يقوم عليهما بلا خلاف واختلف هل ذلك على قدر حصصهما وهو مذهب المدونة وهو المشهور أو على عدد الرءوس قاله المغيرة وغيره، في ذلك قولان وممن قال بالقول الأخير خارج المذهب الشافعي رحمه الله.

قال ابن عبد السلام: وكأنه الأسبق إلى الذهب لأن التقويم يترتب على أقل الأجزاء.

قلت: ونظير هذه المسألة يأتي ذكره في الشفعة إن شاء الله تعالى، وفي المدونة في العتق الأول لابن القاسم: إن أعتق مسلم حظه من عبد مسلم أو كافر بينه وبين ذمي قوم عليه وإن أعتق نصراني حصته من مسلم بينه وبين مسلم قوم عليه قال ابن حارث اتفاقًا فيهما وإن أعتق نصراني بينه، وبين مسلم فقيل: إنه لا يقوم عليه قاله ابن القاسم، وقيل: بل يقوم عليه قاله غيره، وكلاهما في المدونة، والغير هو أشهب.

قلت: قال بعض شيوخنا عزوه قول الغير لأشهب خلاف نقل الباجي فإنه عزا لأشهب قول ابن القاسم ولم يعز قول الغير.

واعلم أن قول ابن القاسم نوقض بقوله في الشفعة في دار بين مسلم وذمي فباع المسلم من مسلم أو ذمي نصيبه أن لشريكه الشفعة، ووجه المناقضة أن في كليهما ذميين تخللهما مسلم لغلب في الشفعة حكم الإسلام بخلاف ما هنا، ولو كان العبد مسلمًا لنصرانيين فأعتق أحدهما حصته ففي التقويم روايتان ذكرهما ابن شاس ولو أعتق أحدهما جنين الأمة فإنها لا تقوم عليه ولم يجعلوه كالجزء منها، وعارض الفاكهاني ذلك بقولهم من أعتق أمة، وهي حامل فإن جنينها يتبعها قالوا: لأنه كالعضو منها.

قلت: ويجاب بأن في عتقه الجنين بانفراده عتق شيء غير محقق يدل على ذلك قول مالك في المبسوط، وكتاب ابن شعبان تفرض للحامل النفقة، ولا تدفع إليها لاحتمال أن يكون ريحا فينفش وفي مسألة الأمة أعتق شيئًا محققًا فكان جنينها تبعًا لها كالعضو منها والله أعلم.

(فإن لم يوجد له مال بقي سهم الشريك رقيقا):

قال في العتق الأول من المدونة، ويباع في ذلك شوار بيته، والكسوة ذات البال ولا يترك إلا الكسوة التي لا بد له منها، وعيشه الأيام وفي الواضحة المراد بالأيام الشهر، ونحوه.

وقال أشهب: يباع عليه كل ما يفضل عما يواريه لصلاته كذا عزاه الباجي.

قال بعض شيوخنا: ولا أعرفه عن أشهب لنقل غيره، وهذا الباب وباب المفلس واحد فكل ما قيل فيه فاطرده هنا ولو كان موسرا بالبعض سرى فيه.

واختلف إذا رضي الشريك باتباع ذمة المعسر هل له ذلك أم لا ؟ على قولين، فقال ابن المواز: له ذلك، وقيل: ليس له ذلك قاله الغير في كتاب أمهات الأولاد من المدونة.

قال اللخمي: وهو أحسن قال ابن يونس، وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم، وعزا الباجي الأول لرواية محمد لا لقوله، والثاني لابن القاسم، ولو كان المعتق لبعض العبد مريضًا فإنه يقوم عليه نصيب شريكه من الثلث فقط.

واختلف هل يقوم عليه الآن أم لا ؟ فقيل: كذلك إلا أنه لا يعتق عليه إلا بعد الموت، وعلى هذا حمل المدونة غير واحد، وهو منصوص عليه في كتاب محمد،وقيل: إنه لا ينظر فيه إلا بعد الموت، وقيل بالأول: إن كان له مال مأمون وبالثاني: إن لم يكن له ذلك.

(ومن مثل بعبده مثلة بينة من قطع جارحة ونحوه عتق عليه):

اعلم أنه أخذ من ههنا ثبوت العقوبة بالمال وهو أخذ ضعيف لحرمة الآدمي فإن قلت: هو ضعيف أيضًا بالنسبة إلى نقل المذهب لأن المنقول فيه اشتراط يسارته ولو صح هذا الأخذ لزم ولو كان كثيرًا ولا أعرفه في المذهب.

قلت: بل هو معروف في المذهب، ويتحصل في ذلك أربعة أقوال، حكاها ابن سهل فقيل: ما ذكرتم من اشتراط اليسارة، وهو قول ابن القاسم مقيدا به سماعه، وقيل: يجوز للأدب ولو كان كثيرًا كالملاحف الرديئة النسخ فإنها تحرق بالنار قاله ابن القطان، وأفتى ابن عتاب بذلك في أعمال الخرازين إذا غشوا فيها.

وقيل: تقطع الملاحف خرقًا خرقًا وتعطى للمساكين إذا تقدم إلى أهلها قاله ابن عتاب.

وقيل: لا يحل الأدب في مال مسلم قاله ابن القطان في الخبز المغشوش أو الناقص.

قال ابن سهل: وهذا تناقض منه بقوله في الملاحف.

قلت: وكذلك ابن عتاب يتناقض قوله في الملاحف مع قوله في أعمال الخرازين.

واعلم أن هذا الخلاف إنما هو في نفس المغشوش هل يصح الأدب به أم لا ؟، وأما لو زنا رجل مثلاً فإنه لا قائل فيما قد علمت أنه يؤدب بالمال، وما يفعله الولاة من ذلك فجور لا شك فيه، والمشهور أن العمد كاف، وإن لم يقصد المثلة، وهو ظاهر المدونة لقولها: إنما يعتق بما تعمد، ونقل اللخمي عن عيسى بن دينار اشتراط تعمد المثلة وهو صحيح ؛ لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وعلى الأول فالقول للسيد أنه لم يتعمد على الأصح، وكلاهما لسحنون، وظاهر كلام الشيخ، وإن كان الفعال بعبده ذلك سفيها، وهو كذلك عند ابن القاسم في أحد قوليه ذكرهما في الموازية، وبه قال ابن وهب، وأشهب وصوبه بعض المتأخرين ؛ لأن العتق بالمثلة شبيه بالحدود والعقوبات.

وإذا قلنا بهذا القول فهل يتبعه ماله؟ فقال ابن القاسم: لا يتبعه واستقرئ لأشهب أنه يتبعه، ومثلة الصبي والمجنون لغو اتفاقًا، وظاهر كلام الشيخ أيضًا ولو كان الممثل ذميا وعبده ذميا، وهو كذلك عند أشهب وقيل: لا يعتق عليه قاله ابن القاسم، واختاره أصبغ، واختار ابن حبيب الأول.

واختلف في مثلة العبد بعبده والمديان على قولين، ويمكن أن يقوم من كلام الشيخ أن الزوج إذا مثل بزوجته أنها تطلق عليه، وهو قول مالك في العتبية.

وقال في المبسوط بطلقة بائنة مخافة أن يعود إليها بمثل ذلك.

وذكر ابن رشد مثلة الزوج بزوجته وبيعه لها وإنكاحه إياها، وقال: إنها في المعنى واحد فيتخرج من بعضها الخلاف في بقيتها فحصل في كل مسألة منها ثلاثة أقوال: طلاق الثلاث وواحدة بائنة وعدم الطلاق ولا شك أن قطع عضو مثلة، كما قال الشيخ.

واختلف في السن الواحدة فقيل: إنها مثلة قاله ابن القاسم، ومطرف وابن الماجشون، وقيل: لا، قاله أصبغ وكلا القولين نقلهما ابن يونس، وأما حلق رأس الأمة ولحية العبد فإن كان العبد تاجرا والأمة رفيعة فقال ابن الماجشون: يعتقان، وقال مطرف في الثمانية لا يعتقان، ولم يحفظه الفاكهاني بل قال: هو ظاهر كلام المؤلف لوصفه المثلة بكونها بينة مع قوله من قطع جارحة، ونحوه.

وأما غير التاجر والرفيعة فليس فيه شيء بلا خلاف ولا يعتق إلا بالحكم في المثلة عند ابن القاسم، وقيل: بنفس المثلة عند أشهب.

قال التادلي: وهو ظاهر كلام الشيخ: وفرق ابن عبد الحكم بين غير الواضح فالأول وبين الواضح فالثاني.

(ومن ملك أبويه أو أحدا من ولده أو ولد ولده أو ولد بناته أو جده أو جدته أو أخاه لأم أو لأب أولهما جميعا عتق عليه):

ما ذكر الشيخ هو قول مالك في المدونة، وهي أول مسألة من كتاب العتق الثاني، وهو المشهور، وقيل بإسقاط الأخوة قاله مالك من رواية ابن خويزمنداد، وقيل: كل ذي رحم محرم يعتق عليه رواه ابن القصار عن مالك وبه قال ابن وهب وكل الأقوال ذكرها اللخمي، وأخذ الثاني من قول المدونة في كتاب المكاتب: من اشترى أباه بإذن سيده دخل معه في كتابته، ومن اشترى أخاه بإذنه لم يدخل ورده بعض شيوخنا بأن ملك الحر أقوى من ملك المكاتب، وكان ما ذكر أشار إليه ابن عبد السلام بقوله في استقرائه نظر ولولا الإطالة لذكرناه واختار اللخمي الثالث لما رواه الترمذي والنسائي عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**من ملك ذا رحم محرم فقد عتق**» وذكر ابن الجلاب قولاً بزيادة العم على ما في المدونة وعزاه لابن وهب فيتحصل في المسألة أربعة أقوال، وفي كتاب العتق الأول من المدونة، قال مالك: ومن ابتاع أباه وعليه دين يغترقه لم يعتق عليه، وإن اشتراه وليس عنده إلا بعض ثمنه قال مالك يرد البيع، وقال ابن القاسم: بل يباع منه بقدر الثمن يعتق ما بقي، وقال غيره: لا يجوز في السنة أن يملك أباه إلا إلى عتق فإذا كان عليه دين يرده صار خلاف السنة أن يملكه فيباع في دينه ويقضى غرماؤه.

قال عياض: واختلف هل قولاً مالك سواء في المسألة وإن مضى لم يعتق عليه في الأولى كقوله يرد البيع في الثانية قاله القابسي، أبوهما مختلفان ولا يرد البيع في الأولى ويباع في الدين بخلاف الثانية قاله أبو محمد بن أبي زيد.

والصحيح الأول لأن المسألة جاءت مبينة في سماع يحيى بن القاسم مما لا يحتاج إلى تفسير وقول الغير وهو المغيرة حجة لمالك ولذلك أدخله سحنون.

واختلف هل يكون القريب حرًّا بنفس الملك ولا يحتاج إلى حكم أو لابد منه، أو يفرق بين الأبوين والإخوة، قاله اللخمي.

قال ابن عبد السلام: وهو حسن لضعف الخلاف في الآباء وقوته في الإخوة

وأشار اللخمي إلى تخريج الخلاف في جواز انتزاع ماله إذا فرعنا على القول بافتقاره إلى الحكم من الخلاف في انتزاع مال المعتق إلى أجل إذا قرب الأجل وقد منع منه في المشهور، وأجازه ابن نافع.

قال ابن عبد السلام: والأقرب عندي أن مال القريب لا ينتزع ؛ لأن القاضي إذا عثر عليه يعتقه، ولا ينظر به ساعة والمعتق إلى أجل يؤخره إلى أجله، وأيضًا فقد كان ماله مباحا قبل ثبوت عقد الحرية له وبعده فالأصل دوام ذلك الحكم إلى الغاية التي يجوز له الاستخدام فيها.

(ومن أعتق حاملا كان جنينها حرًّا معها)[1]:

قال عبد الوهاب: هذا لما ذكرناه إن كان ولد حدث من غير ملك من تزويج أو زنى فإنه تابع لأمه في الحرية والعبودية وإنه لا يوجد في الأصول حرة حاملا بعبد، وإنما يوجد أمة حامل بحر فوجب ما قاله أبو محمد يعتق بعتقها ؛ لأن الحرية مثبتة، وهو في بطنها إذ هو عضو من أعضائها.

قال الفاكهاني: قول القاضي إنما توجد أمة حامل بحر، وهذا في أربع مسائل:

الأولى: إذا وطئ أمته المرهونة، وكان عديما.

الثانية: إذا وطئها السيد بعد علمه بالجناية، وهو عديم، فإنها تسلم للمجني عليه.

الثالثة: أمة المفلس إذا وقفت للبيع ووطئها فحملت.

الرابعة: الابن يطأ أمة من تركة أبيه وعلى الأب دين يغترق التركة والابن عديم، وهو عالم بالدين حالة وطئها فهذه الأربع لا أعلم لها خامسًا فمن وجد شيئًا من ذلك

---

(١) في الرجل يعتق نصف عبده أو أم ولده. قلت: أرايت أم ولد رجل أعتق نصفها سيدها أيعتق جميعها عليه في قول مالك؟ قال: قال مالك: من أعتق نصف أمة له عتقت عليه كلها فكذلك أم الولد وكل من أعتق شقصًا له في عبد يملكه عتق عليه كله عند مالك بن وهب عن يونس عن ربيعة أنه قال في الرجل يعتق نصف عبده قال ربيعة: يعتق عليه كله وذلك أن رسول الله ﷺ قضى أنه من أعتق شركًا له في عبد أقيم عليه ثم عتق كله عليه وذلك أنه لم يكن ليجتمع في يد رجل عتاقة ورق كل ذلك من قبله حتى تتبع أحرى الحرمتين صاحبتها والرق أحق أن يتبع العتاقة من العتاقة للرق وأخبرني رجال من أهل العلم عن عمر بن الخطاب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع مولى ابن عمر بذلك وأن عمر بن الخطاب قال: ليس لله شريك ابن نافع عن سفيان الثوري عن سلمة بن خالد المخزومي أن عمر بن الخطاب جاءه رجل فقال له أنا الذي أعتقت نصف عبدي فقال عمر عتق عليك كله ليس لله فيه شريك والرجل صحيح. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٢/٤٢٠).

فليضفه إليها راجيا ثواب الله الجزيل.

قلت: بقي عليه رحمه الله تعالى مسألتان:

الأولى: أمة الشريكين يطؤها أحدهما وهو معسر.

والثانية: إذا وطئ العامل أمة القراض فحملت وكان معسرا، وما قاله عبد الوهاب من أنه لا يوجد في الأصول حرة حامل بعبد وتسليم الفاكهاني له ذلك فيه نظر لقول خليل إن قلت: كيف يتصور عكس هذا بأن يكون العبد في بطن الحرة قيل نعم، وذلك إذا وطئ العبد جاريته وحملت وأعتقها ولم يعلم السيد بعتقه حتى أعتقه فإن عتق العبد ماض وتكون حرة والولد الذي في بطنها رقيق ؛ لأنه للسيد وقبله شيخنا أبو مهدي رحمه الله قائلاً: هو المذهب ومحمله على أن الولد وضعته قبل عتق السيد، وأما لو كان في بطن أمة حين العتق فإنه يتبع أمه والله أعلم.

(ولا يعتق في الرقاب الواجبة من فيه معنى من عتق بتدبير أو كتابة أو غيرهما ولا أعمى ولا أقطع اليد وشبهه ولا من على غير الإسلام):

وقد تقدم ما في ذلك في باب الأيمان والظهار فأغنى عن إعادته.

(ولا يجوز عتق الصبي ولا المولى عليه):

قال عبد الوهاب: لأن الصبي ليس من أهل التكليف فلم يصح عتقه كالمجنون، ولأن القلم مرفوع عنه فلم يكن لقوله حكم كالمغلوب؛ لأنه لما لم يصح طلاقه لم يصح عتقه كالنائم، وناقشه الفاكهاني فقال: قوله: كالمجنون فيه نظر لجواز وصيته، ومن شرط الوصية التمييز بلا خلاف أعلمه والمجنون لا تمييز عنده فليس كالمجنون، والأصل المقيس عليه علته معدومة في الفرع وقوله لأن القلم مرفوع عنه إنما رفع عنه قلم المؤاخذة لا قلم القربات بدليل أنه إذا أسلم اعتبر إسلامه ولو ارتد لم يقتل ويدل على ما نقوله قوله ﷺ لما قيل له: ألهذا حج؟ قال: «نعم، ولك أجر»[1].

واختلف المذهب إذا أعتق المولى عليه أم ولده، والمشهور أنه يمضي ورده المغيرة وابن نافع، وعلى الأول فهل يتبعها مالها أم لا؟ اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: فقيل: يتبعها مطلقًا، رواه أشهب، وعكسه رواه يحيى عن ابن القاسم، وقيل: إن كان يسيرا تبعها وإلا فلا قاله أصبغ، والمذهب لزوم الطلاق لأنه مكلف، وهو نص كتاب المديان من المدونة.

---

(١) رواه مسلم (٢/٩٧٤).

وقال المازري: مال بعض المحققين إلى الوقف في لزومه من تعليل المغيرة رد عتقه أم ولده بأنه يدخل عليه نقصًا في ماله لاحتياجه لتزويج أو تسر ويرد بأن في عتق أم الولد تفويت أمر مالي وهو ما يعرض من أرش جناية عليها فأشبهت الأمر المالي حقيقة.

قلت: وأجابه بعض شيوخنا بأن العصمة معروضة للخلع كالأرش في أم الولد، وقصر شيخنا أبو مهدي ما قاله المازري مفرقًا بأن الخلع ليس عوضه أمرا ماليا حقيقة بخلاف الأرش.

قلت: وقول خليل خرج بعضهم على قول المغيرة عدم لزوم طلاقه كقول ابن أبي ليلى، ورده بنقل المازري غلط، إنما المنقول في نقل المازري الوقف خاصة، ويلزم الصبي ما أفسد أو كسر مما لم يؤتمن عليه باتفاق، وما عومل عليه لا خلاف أنه لا يضمنه، وفيما اؤتمن عليه قولان، وبسط هذا يأتي في الغصب إن شاء الله تعالى.

(والولاء لمن أعتق):

الأصل في هذا ما في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت بريرة فقالت: إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة وأعتقك فعلت، ويكون ولاؤك لي فذهبت إلى أهلها فأبوا ذلك عليها فقالت: إني عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء فسمع ذلك رسول الله ﷺ فسألني فأخبرته فقال: «**خذيها وأعتقيها واشترطي لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق**»[1] فقالت عائشة رضي الله عنها قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وتعالى وأثنى عليه فقال: «**أما بعد... فما بال رجال منكم يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله فأيما شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، إنما الولاء لمن أعتق، ما بال رجال منكم يقولون: أعتق يا فلان والولاء لي إنما الولاء لمن أعتق**»[2].

وفي الصحيح من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الولاء وهبته» وحده بعض شيوخنا فقال: هو لمن ثبت العتق عنه، ولو بعوض، أو بغير إذنه ما لم يمنع مانع.

---

(١) رواه البخاري (١/١٧٤)، ومسلم (٢/١١٤١).

(٢) رواه البخاري (٢/٩٨١)، ومسلم (٢/١١٤٢).

(ولا يجوز بيعه، ولا هبته):

ما ذكره صحيح لا أعلم فيه خلافًا لنهيه عليه السلام عن ذلك.

(ومن أعتق عبدًا عن رجل فالولاء للرجل):

ظاهر كلام الشيخ سواء كان بإذنه أو بغير إذنه وهو كذلك في القول المشهور، وقول أشهب: الولاء للمعتق، وقاله الليث والأوزاعي وسواء في قوله أمره بذلك أو لم يأمره نقله ابن عبد البر [(١)].

---

(١) في ولاء العبد يعتقه الرجل بأمره أو بغير أمره قلت: أرأيت إن أعتقت عن رجل عبدا بأمره أو بغير أمره لمن الولاء في قول مالك؟ قال: قال مالك: الولاء للمعتق عنه قلت: وسواء إن كان المعتق عنه حيًّا أو ميتا فهو سواء وولاء هذا المعتق للذي أعتق عنه في قول مالك قال: نعم الا ترى أن رسول الله ﷺ أمر بذلك سعد بن عبادة أخبرنا بذلك مالك عن عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصاري أن أمه أرادت أن توصي ثم أخرت ذلك إلى أن تصح فهلكت وقد كانت همت بأن تعتق قال عبد الرحمن: فقلت للقاسم بن محمد: إني أمي هلكت أينفعها أن أعتق عنها؟ قال القاسم: إن سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ: إن أمي هلكت وليس لها مال أينفعها أن أعتق عنها فقال رسول الله ﷺ: [نعم فاعتق عنها].

قال ابن وهب: قال جرير بن حازم: أنه سمع الحسن يذكر ذلك عن رسول الله ﷺ وأن رسول الله ﷺ قال له: [اعتق عنها وتصدق فإنه سينالها] وأن عائشة زوج النبي ﷺ اعتقت عن عبد الرحمن بن أبي بكر رقابًا كثيرة بعد موته.

ابن وهب وأخبرني عقبة بن نافع عن يحيى بن سعيد أنه قال: من أعتق رقبة عن أحد فالولاء لمن كانت العتاقة عنه وأن من الدليل على أن ولاءه للذي أعتق عنه وميراثه له أن السوائب الذين يعتقون سائبة لله أن ولاءهم للمسلمين فميراثهم لهم وأن أصحاب رسول الله ﷺ اعتقوا السوائب ولم يرثوهم وكان ولاؤهم وميراثهم للمسلمين قال ذلك ابن أبي الزناد عن أبيه: أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى بعض عماله أن يجعل ميراثهم في بيت مال المسلمين وأن سالما أعتقته امرأة من الأنصار سائبة فقتل ولم تأخذ ورثتها ميراثه وذكر ذلك سفيان بن عيينة عن أبي طوالة الأنصاري وأن عمر بن الخطاب قال: ميراث السائبة لبيت المال ويعقل عنه المسلمون وقال أبو الزناد وربيعة وابن شهاب: ميراثه لبيت المال وقال قبيصة بن ذؤيب: كان الرجل إن أعتق سائبة لا ترثه وأن عبد الله بن عمر أعتق سائبة فلم ترثه وقال هؤلاء: يعقل عنهم المسلمون.

ابن وهب عن ابن أبي الزناد عن عبد الرحمن بن الحارث أنه قال: أعتق عبد الله بن عياش رجلاً يقال له: العلمس سائبة وكان عبد الله بن عياش لا يقر بولائه لأنه سائبة وإنما معنى السائبة كأنه أعتق عن المسلمين إذ كانوا يرثونه ويعقلون عنه ولو بان ولاؤه للذي أعتقه لورثه ولكان العقل على عاقلته ألا ترى أن عمر بن عبد العزيز وابن شهاب وربيعة يجعلون عقله على بيت المال لأن الميراث لهم. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٢/٥٥٨).

(ولا يكون الولاء لمن أسلم على يديه، وهو للمسلمين، وولاء ما أعتقت المرأة لها وولاء من يجر من ولد أو عبد أعتقته ولا ترث ما أعتق غيرها من أب أو ابن أو زوج أو غيره):

ما ذكر الشيخ هو مذهبنا وبه قال الشافعي وأحمد وغيرهما لحديث عائشة رضي الله عنها المتقدم وقد ورد بصيغة إنما المقتضية للحصر وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: جعل الله إسلامه على يديه موالاة وجعل لمن لا ولاء عليه لشيء أن يوالي من شاء، وهو قول عمر بن عبد العزيز والليث وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلم على يدي رجل فله ولاؤه»[1] قال ابن عبد السلام: فإن صح هذا الحديث وجب العمل عليه ؛ لأنه خاص وحديث بريرة عام ومذهب أبي حنيفة في الموالاة قريب من هذا إلا أنه أجاز له نقل الموالاة.

(وميراث السائبة لجماعة المسلمين):

يعني: إذا قال لعبده: أنت سائبة يريد بذلك العتق فإن الولاء للمسلمين، وما ذكره هو المشهور، وقيل: إن الولاء لربه. قاله ابن الماجشون، وابن نافع، وابن عبد الحكم، ورواه ابن وهب كذا عزاه عياض، وكذلك الخلاف إذا قال: عبدي حر عن المسلمين، ولم يتعرض الشيخ رحمه الله تعالى للتكلم على حكم ما ذكره ابتداء.

وفي ذلك ثلاثة أقوال: الجواز لأصبغ والكراهة لابن القاسم، والمنع لابن الماجشون كذا عزاها ابن رشد وعزا الباجي لسحنون مثل قول أصبغ ولم يحك اللخمي إلا الكراهة لمالك وابن القاسم والجواز لغيرهما.

قال ابن عبد السلام: والأقرب الكراهة وأكثر الناس على أن السائبة المنهي عنها في القرآن إنما هي في الأنعام.

واختلف إذا كان للكافر عبد مسلم فلم يرفع أمره للقاضي حتى أعتقه فقيل: إن ولاءه للمسلمين لا يرجع للمعتق سواء بقي على كفره أو أسلم، وهو المشهور في المذهب وخالف فيه أكثر العلماء خارج المذهب ورأوا أن الولاء لمن أعتق، وأنه يرجع إليه إذا أسلم، واختاره أبو عمر بن عبد البر.

وقال اللخمي: إنه القياس؛ لأن العتق موجب للولاء الذي هو لحمة كلحمة النسب كما جاء في الحديث فكما أن الكفر لا يبطل النسب فكذلك لا يبطل الولاء

---

(١) رواه الدارقطني (٤/١٨١).

ويتوقف بعد ذلك على شرط اتفاق المدنيين فمتى حصل ذلك الشرط تم الحكم وهو وجوب الميراث.

(والولاء للأقعد من عصبة الميت الأول فإن ترك ابنين فورثا ولاء مولى لأبيهما ثم مات أحدهما وترك بنين رجع الولاء إلى أخيه دون بنيه وإن مات واحد وترك ولدًا أو مات أخوه وترك ولدين فالولاء بين الثلاثة أثلاثًا):

اعلم أن المعتق وابنه أقوى من الأب فلا شيء للأب مع وجود أحدهما والأخ الشقيق أو للأب وأبناؤهما مقدمون على الجد،وهو مقدم على العم وابنه والولاء كالعصوبة في عدمها.

قال ابن الحاجب: كالمدونة وغيرهما فيفيد عن عدمها الميراث، وولاية النكاح وحمله العاقلة.

قال ابن عبد السلام: لا يقتصر بإفادته على هذه الوجوه الثلاثة التي ذكرها بل كل موضع للعصبة فيه مدخل كصلاة الجنازة وغسل الميت، وربما لا يشترط عدم العصبة في بعض مسائل النكاح.

قلت: قال بعض شيوخنا: يلزم على قوله أن يكون للمعتق القيام بقذف معتقه وهو بعيد والحق في ذلك اتباع النصوص والله سبحانه الموفق للصواب.

باب في الشفعة والهبة والصدقة والحبس والرهن والعارية والوديعة واللقطة والغصب

قال عياض رحمه الله: هي بتسكين الفاء.

قلت: وحكى بعض فضلاء أصحابنا عن النووي فيها الضم قال عياض: وأصل ذلك من الشفع، وهو ضد الوتر ؛ لأن الشفيع يضم الحصة التي يأخذها إلى حصته فتصير حصته حصتين. وقيل: من الزيادة ؛ لأنه يزيد مال شريكه إلى ماله وهو يقرب من الأول.

وقيل: من الشفاعة؛ لأنه يشفع نصيبه إلى نصيب صاحبه.

وقيل: كانوا في الجاهلية إذا باع الرجل حصته جاء المجاور شافعًا إلى المشتري ليوليه ما اشتراه.

وحقيقتها في الاصطلاح وقال ابن الحاجب: الشفعة أخذ الشفيع حصة شريكه جبرًا بشراء، واعترضه ابن هارون بأنه غير مانع؛ لأنه يقتضي وجوب الشفعة في العروض وهي لا شفعة فيها. قال بعض شيوخنا لا يخفى سقوط ما اعترض به لذي فهم.

قال ابن عبد السلام: نقض عليه بأخذ أحد الشريكين مشتركًا بينهما لا ينقسم بما وقف عليه بثمن إذا دعا أحدهما إلى بيعه. قال: وجوابه بأن المأخوذ هو كل المشترك لاحظ الشريك ليس بقوي.

قال خليل: وأحسن من هذا الجواب أن يقال: لا نسلم أنه يأخذه أحدهما جبرًا بل اختيارًا من صاحبه إذ له أن يزيد فوق ما أعطى شريكه بخلاف الشفيع فإنه يأخذ الحصة بمثل الثمن من غير زيادة.

قلت: واعترضه بعض شيوخنا أيضًا بأن حده إنما يتناول أخذها لا ماهيتها وهو غير آخذها لأنها معروضة له ولنقيضه وهو تركها، والمعروض لشيئين متناقضين ليس عين أحدهما وإلا اجتمع عليه النقيضان وحدها بأن قال: هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريك بثمنه.

(وإنما الشفعة في المشاع ولا شفعة فيما قد قسم ولا لجار ولا في طريق ولا عرصة دار قد قسمت بيوتها):

يريد في غير العروض، وما أشبهها حسبما يأتي إن شاء الله تعالى، واختلف في الشفعة هل هي معللة أم لا ؟ فقيل: إنها غير معللة بل هي عبادة نقله ابن العربي عن إمام الحرمين وقيل: معللة بضرر من الشريك الذي أدخله البائع قاله ابن رشد في أجوبته قائلاً: أجمع عليه أهل العلم.

واعترضه بعض شيوخنا بأن في نقله تنافيا لقوله في مقدماته في كونها لضرر الشركة أو للقسم قولان للمتأخرين.

واختلف هل في المناقلة شفعة أم لا ؟ وهي بيع شقص بعقار على أربعة أقوال: فقيل: بثبوت الشفعة فيها كغيرها قاله مالك، وابن القاسم، وقيل: لا حكاه ابن الجلاب، قال خليل: ولم أره، ولعل صاحبه رأى أنه من باب المعروف، وقيل: إن علم القصد بالمسكن فلا شفعة، وإلا وجبت قاله مالك أولا ثم رجع إلى ما تقدم.

وقيل: إن ناقل بحصته حصة بعض شركائه فلا شفعة ذكره ابن الحاجب وذكر الأربعة الأقوال ولم يذكره المغربي إلا تقييدًا وذلك أنه قال: إن مطرفًا وابن الماجشون قالا: إن المناقلة التي قال فيها مالك لا شفعة إنما هي إذا باع شقصه من شريكه بشقص له فيه شرك، ويكون كل واحد إنما أراد التوسعة في حصته بما صار إليه وكذلك ذكره اللخمي وابن رشد، وغيرهما.

قال خليل رحمه الله: ولعل ما نقلاه عن مالك بنفي الشفعة هو القول الثاني، قال

ابن حارث: واختلف في الشفعة في الكراء، قال ابن القاسم: إن اكترى رجلان دارًا أو أرضًا ثم اكترى أحدهما حصة فلا شفعة لشريكه، وقاله سحنون، وقال ابن القاسم في المستخرجة له الشفعة، وقاله أشهب، قال: وكذلك لو اكترى أحد الشريكين في دار حظه منها فلشريكه الشفعة.

قال ابن رشد: إنما وقع اختلاف قول مالك في الكراء في الواضحة، وبقوله بالشفعة فيه قال ابن الماجشون، وابن عبد الحكم وبنفيها فيه قال ابن القاسم، ومطرف وأصبغ وابن حبيب.

قال ابن المواز: ولو كان الأصل لواحد فأكرى نصفه مشاعا ثم أكرى المكتري لغيره فلرب الأصل الشفعة.

(ولا في فحل نخل أو بئر إذا قسمت النخل أو الأرض[1]):

قال ابن رشد: قيل: إن الشفعة في الأصول ثابتة، وإن لم تنقسم وقيل: تقصر على ما يحكم بقسمته، وقيل: تقصر على ما ينقسم، وإن لم يحكم بقسمته.

قلت: وإلى هذا يرجع اختلافهم في هذا الأصل، وسأذكر بعضه على طريق الاستئناس، وقال الشيخ أبو محمد عن محمد بن المواز لم يختلف مالك وأصحابه أن الشفعة في الحمام.

وقال ابن الماجشون في غير الموازية أبي مالك من الشفعة في الحمام؛ لأنه لا ينقسم إلا بتحويله عن كونه حمامًا، وأنا أرى فيه الشفعة.

قال بعض شيوخنا: وما ذكر عن ابن الماجشون: هو خلاف نقل اللخمي عنه،

---

(١) باب التشافع والشركة في الساحة والطريق قلت لابن القاسم: أرأيت لو أن قوما اقتسموا دارًا بينهم فعرف كل واحد منهم بيوته ومقاصيره إلا أن الساحة بينهم لم يقتسموها أتكون الشفعة بينهم أم لا في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا شفعة بينهم إذا اقتسموا قلت: فإن لم يقتسموا الساحة وقد اقتسموا البيوت فلا شفعة بينهم في قول مالك؟ قال: نعم قال: وقيل لمالك: أرأيت إذا كانت الساحة واسعة فأرادوا قسمتها فيأخذ كل إنسان منهم قدر حصته يحوزه إلى منزله فيرتفق به؟ قال: إذا كانت كذلك ولم يكن ضررا رأيت أن يقسم قلت: أرأيت السكة غير النافذة تكون فيها دور لقوم فباع أحدهم داره أيكون لأصحاب السكة الشفعة في ذلك أم لا في قول مالك؟ قال: لا شفعة لهم عند مالك قلت: ولا تكون الشفعة - في قول مالك - بالشركة في الطريق؟ قال: نعم لا شفعة بينهم إذا كانوا شركاء في الطريق ألا ترى أن مالكًا قال: لا شفعة بينهم إذا اقتسموا الدار وإن كانت الساحة بينهم لم يقتسموها. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/ ٢١٥).

قال رواية المدونة في الحمام الشفعة، وقال ابن الماجشون: لا شفعة فيه هو خلاف قوله في النخلة والشجرة الشفعة.

قال ابن عبد السلام: وفي المدونة ما يدل على القولين قال غيره، وبعدم الشفعة قال ابن القاسم ومطرف، وبالشفعة قال أشهب وابن الماجشون وأصبغ، قال صاحب الوجيز وعدم الشفعة هو المشهور.

وقال صاحب المعين: وبه القضاء، وأفتى فقهاء قرطبة به لما جمعهم القاضي منذر بن سعيد إذ كان به القضاء عندهم فرفع الشفيع أمره إلى أمير المؤمنين عبد الرحمن بن محمد، وقال: حكم عليٌّ بقول غير مالك فوقع بخط يده إلى القاضي أن يحمله على قول مالك ويقضى له به فجمع القاضي منذر بن سعيد الفقهاء وشاورهم فقالوا: مالك يرى الشفعة في الحمام فقضى منذر بن سعيد بذلك وحكم بها.

قلت: وقبل هذا غير واحد كخليل واستشكل شيخنا أبو مهدي رحمه الله نقض حكم نفسه مع كونه حكم بما عليه العمل وأجاب باحتمال أن يكون إنما حكم به لكونه معتقدا أنه قول مالك فلما أخبر بخلافه ولم يحفظوا له غيره على ظاهر ما تقدم حكم بنقض الأول لا لغير ذلك ؛ لأنه كان لا يخالف في الله لومة لائم حسبما هو مذكور في محله.

قال ابن حارث: واختلف في الشفعة في الأندر فقال أشهب وابن نافع في سماع عبد الملك فيه الشفعة، وفي سماع سحنون لا شفعة فيه يعني في الأندر، ولا في الأفنية.

واختلف في حجر رحا الماء إن بيعت على ثلاثة أقوال: ففي المدونة لا شفعة فيها، وقال ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون فيه الشفعة، وقيل: الشفعة في الحجر السفلى دون الأعلى قاله عبد الحق وبعض شيوخه، قال عياض: وأشار الباجي إلى أن الخلاف في حجر رحا دون محلها وأشار التونسي إلى أن الخلاف فيهما.

(ولا شفعة إلا في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر):

ظاهر كلام الشيخ أن الثمرة لا شفعة فيها وهو كذلك عن ابن الماجشون وسواء بيعت مع الأصل أو دونه والشفيع شريك في الأصل أم لا ؟

وقيل: إن الشفعة فيها ثابتة قاله مالك في المدونة قائلاً: ما علمت أحدا من أهل العلم قاله قبلي ولكني استحسنته، وقيل: إن بيعت مع الأصل ففيها الشفعة وإلا فلا قاله أشهب وهذه الأقوال الثلاثة ذكرها غير واحد وكذلك استحسن مالك في الشفعة في نقض الحبس.

قال في المدونة: وإذا بنى قوم في دار حبست عليهم ثم مات أحدهم فأراد ورثته بيع نصيبه من البناء فلإخوته فيه الشفعة، وهي شيء استحسنته وما سمعت فيه شيئًا وخارج المدونة قول لابن المواز بأنه لا شفعة في ذلك.

واعلم أن مالكًا لم يقل بالاستحسان إلا في خمس مسائل هاتان وقول قسمتها إذا أوصت الأم بالصبي ولمالها فإن كان يسيرا نحو ستين دينارا فلا ينتزع من الصبي استحسنه مالك وليس بقياس والقصاص بالشاهد واليمين في كل أنملة من الإبهامين خمس من الإبل.

وسمعت شيخنا أبا مهدي عيسى رحمه الله تعالى ينقل عن أبي بكر بن العربي أنه قال في كتابه المسمى بالمحصول في أصول الفقه: أنكر الشافعي وأصحابه الاستحسان وكفروا أبا حنيفة في القول به تارة، وبدعوه تارة وبه قال مالك ولم يكن في أصحابه شديد عارضة يبرزه إلى الوجود، وقد تتبعناه في مذهبنا فألفيناه ينقسم إلى أربعة أقسام:

الأول: ترك الدليل للعرف كرد الأيمان إلى العرف.

الثاني: ترك الدليل لمصلحة كتضمين الصناع، والدليل يقتضي ائتمانهم.

الثالث: ترك الدليل لإجماع الصحابة كإيجاب القيمة على من قطع ذنب بغلة القاضي.

الرابع: ترك الدليل في اليسير ورفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق بجواز التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة وإجازة بيع وصرف في اليسير.

قال أبو محمد وغيره قال ابن المواز: لو ساقى أحد الشريكين في النخل حظه منها فقال أشهب: لا شفعة لشريكه في ذلك، وأظن أن ابن القاسم يرى له الشفعة وجدته في كتاب، ولا أدري ممن سمعته.

وظاهر كلام الشيخ أنه لا شفعة في العروض وهو كذلك باتفاق عند أهل العلم ولذلك أنكروا نقل الإسفراييني من الشافعية عن مالك وجوب الشفعة فيها وفي الحيوان وقد أكثر الشيوخ الاعتذار عنه وكذلك حكى بعض الحنفية عن مالك وجوب الشفعة في السفن؛ لأنها تشبه الرباع.

قال ابن عبد السلام: وهو لا يصح نعم الشفعة في رقيق الحائط، ودوابه عند أهل المذهب على أن بعض الشيوخ خرج من ذلك خلافًا كثيرًا، وكذلك لا شفعة في الممر ومسيل الماء.

قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخلة

الواحدة وشبهها، وكذلك لا شفعة في الدين باتفاق، واختلف هل يكون المديان أحق به أم لا ؟ فقال ابن القاسم: لا يكون أحق به، وقيل: هو أحق به للضرر الذي يدخل عليه فيأخذه بقيمة العرض إن كان الثمن عرضا، وبعدده إن كان عينا، والقولان حكاهما ابن حارث رحمه الله تعالى.

(ولا شفعة للحاضر بعد السنة):

اختلف المذهب هل تسقط الشفعة بنفس الشراء إذا كان الشفيع حاضرا عالما بالبيع أم لا ؟ على ثلاثة أقوال: فقيل: تسقط به قاله ابن وهب في كتاب ابن شعبان، وقيل: هو على شفعته أبدًا ما لم يوقف قاله مالك والأبهري.

وقيل: إنها تسقط بمضي مدة طويلة وعلى الثالث فاختلف في منتهى المدة على تسعة أقوال:

فروى أشهب، وقال به: إن مضت سنة فلا شفعة له، وهو مذهب الشيخ رحمه الله.

وقيل: لا يكفي ذلك بل حتى يمضي مع ذلك أكثر من شهرين نقله المتيطي عن ابن الهندي ونحوه لابن فتوح غير معزو وكأنه المذهب وحكى الصدفي يسقطها ما زاد على ثلاثة أشهر.

وقال ابن سهل: بل على أربعة أشهر، وقال أصبغ: هو على شفعته الثلاث سنين ونحوها قيل له بأكثر من ذلك قال: ليس هذا طولا ما لم يحدث المشتري بناء، وقيل: تثبت للحاضر إلى أربعين سنة قاله ابن الماجشون. ثم رجع إلى عشر سنين وكلاهما حكاه ابن رشد في مقدماته عن أحمد بن المعذل.

وروي عن أبي عمران أنه يسقطها ثلاثون سنة وعن بعضهم خمسة عشر سنة فيتحصل في ذلك أحد عشر قولا، وهذه المسألة إحدى المسائل الستة، وهي إحدى وعشرون مسألة وقد ذكرتها في اللقطة حسبما تقف عليه عن قريب إن شاء الله تعالى.

وتسقط الشفعة بالمغارسة والسكوت وهو يبنى ويهدم ويغرس، واختلف في المساومة والمساقاة والاستئجار والمشهور أنها مسقطة خلافًا لأشهب والمعتبر في إسقاط الشفعة أن تكون بعد الشراء، وأما قبله فكالعدم على المنصوص ؛ لأنه إسقاط للشيء قبل محله.

وخرج اللخمي اعتباره من قوله في المدونة إن اشتريت عبد فلان فهو حر، وإن تزوجت فلانة فهي طالق، ومن جعل لزوجته الخيار إن تزوج عليها فأسقطت ذلك الخيار قبل أن يتزوج عليها قائلاً: وهو في الشفعة أبين ؛ لأنه أدخل المشتري في عهدة

الشراء فهو كهبة قارنت البيع.

وفي أجوبة ابن رشد: الفرق بين قوله: إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن اشترى فلان شقص كذا فقد أسقطت عنه الشفعة إن الطلاق حق لله تعالى لا يملك المطلق رده إن وقع ولو رضيت المرأة برده إذ ليس بحق لها، وإسقاط الشفعة إنما هو حق له لا يصح له الرجوع فيه برضى المشتري فلا يلزم إلا بعد وجوبه، وذكر ابن بزيزة القولين منصوصين قال: وهما جاريان على لزوم الوفاء بالوعد قال خليل: وقد يقال: هما على الخلاف فيما جر سببه دون شرطه أن الشركة سبب والبيع شرط.

(والغائب على شفعته وإن طالت غيبته) [1]:

ما ذكر مثله في المدونة قال فيها: الغائب على شفعته، وإن طالت غيبته، وهو عالم بالشراء وإن لم يعلم بذلك أحرى.

قال ابن عبد السلام: لو قيل: العالم بالشفعة في غيبته لا يوسع له في الأجل إذا قدم له لكان له وجه، وهذا كله في الغيبة البعيدة، وأما ما قرب ولا ضرورة في الشخوص إليه على الشفيع فهو فيه كالحاضر، ونص عليه أشهب.

قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: المريض الحاضر والصغير والكبير كالغائب، ولهم بعد زوال العذر ما للحاضر سواء علم المريض والغائب بالشفعة أم لا !!

وقال أصبغ: المريض كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه وقت الشفعة إنه على شفعته، وإن تركه التوكيل عجز عنه وإلا فلا شيء له، ولما ذكر الباجي قول أشهب في إشهاد المريض، قال: وهذا يقتضي أن الغائب إنما يبقى على شفعته إن لم يعلم فإن علم فإنه يقدر على الشهادة بأخذ الشفعة فإن لم يفعل فحكمه حكم الحاضر.

(وعهدة الشفيع على المشتري):

قال بعضهم: ظاهر كلامه سواء دفع الشفيع الثمن للمشتري أو للبائع أنها على

---

(١) في أجل شفعة الغائب والحاضر قلت: أرأيت لو أن شفيعا علم بالاشتراء فلم يطلب شفعته سنة أيكون على شفعته؟ قال: وقفت مالكًا على السنة فلم يره كثيرًا ولم ير السنة مما تقطع به الشفعة وقال: التسعة الأشهر والسنة قريب ولا أرى فيها قطعا للشفعة قال: فقلت لمالك: فلو كان هذا الشفيع قد كتب شهادته في هذا الاشتراء ثم قام يطلب شفعته بعد ذلك؟ قال مالك: وإن كان قد كتب شهادته فلا أرى في ذلك ما تقطع به شفعته قال ولم أسأله عن ما وراء ذلك قال مالك: وأرى إن أخذ بالشفعة أن يستحلف ما كان وقوفه تركا للشفعة إذا تباعد هكذا. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/ ٢١٧).

المشتري وقبله الفاكهاني.

(ويوقف الشفيع فإما أخذ أو ترك):

ما ذكر الشيخ هو المشهور والمعمول به قال المتيطي وابن رشد ووجهه قياسًا على قول مالك في الولي أنه لا يؤخر حتى ينظر قاله ابن رشد، وقيل: إنه يمهل ثلاثة أيام عزاه ابن رشد لابن عبد الحكم قياسًا على المرتد وحديث المصراة، وعزاه ابن يونس واللخمي والباجي لروايته لا لقوله.

قال اللخمي: وهو أحسن إن أوقفه بنفس شرائه ؛ لأنه إذا كان لا بنفس شرائه فقد تربص، وأمهل، ونظير هذه المسألة ما في ثالث نكاح المدونة في المجوسيين يسلم الزوج فيعرض عليها الإسلام أنه يفرق بينهما إن لم تسلم ولا تؤخر ونظيره أيضًا المملكة يوقفها السلطان فلا يؤخرها وهاتان النظيرتان ذكرهما ابن رشد قائلاً: لا يبعد دخول الخلاف في هذه المسائل كلها، والأصل في هذا المعنى قوله تعالى ﴿ تَمَتَّعُواْ فِى دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥].

واختلف المذهب إذا طلب أن يؤخر أيامًا ليأتي بالثمن على أربعة أقوال: فقيل: يؤخر ثلاثة أيام قاله في المدونة.

ونقل الباجي عن ابن الماجشون أنه يمهل عشرة أيام ونحوها.

قال أصبغ: بقدر قلة المال، وكثرته وعسره ويسره وأقصاه شهر فلا أدري ما وراء ذلك، وقال اللخمي: الشهر كثير للموسر.

(ولا توهب الشفعة ولا تباع):

يريد لغير المشتري قاله المشتري قاله الفاكهاني واختلف إذا أخذ بالشفعة ليبيع على قولين.

(وتقسم بين الشركاء بقدر الأنصباء):

ما ذكر هو المنصوص والمشهور، وخرج اللخمي قولاً باعتبار العدد من قول عبد الملك في المعتقين وحصصهم متفاوتة أن التقويم عليهم بالسواء وكأنه رجحه، وحكى الفاكهاني نصًّا لعبد الملك ولا أعرفه قال خليل: وقد يقال في هذا التخريج نظر إذ لا شك أن العلة هنا الضرر ومتى كثر النصيب كثر الضرر ومتى قل قل بخلاف العتق فإن من قال بالتقويم فيه على قدر الرءوس علل بأنه حق لله تعالى ولا تفاوت فيه.

قال عياض: وخرجه آخرون من قول المدونة في الأقضية أجر القاسم على عدد الرءوس والفرق بين البابين بين، وحكاه ابن الجهم عن بعض أصحاب مالك نصًّا.

قلت: وصرح المغربي بالفرق فقال: إن عمل الفريضة وحسابها يكثر لأجل صاحب القليل فذلك كانت على الرءوس.

واعلم أن لهذه المسائل الثلاث نظائر منها توزيع نفقة الوالد على أولاده وأجرة كاتب الوثيقة، وكانس المراحض وحارس الأندر وزكاة الفطر في العبيد المشتركة وإذا أرسل أحد الصائدين كلبًا والآخر كلبين وإذا أوصى لمجاهيل من أنواع، وكلها ذكرها خليل في النفقات قائلاً: اختلف في جميعها.

(ولا تتم هبة ولا صدقة، ولا حبس إلا بالحيازة):

قال المغربي: الصدقة نقل الملك بغير عوض، وكذلك الهبة.

قلت: وقال بعض شيوخنا: الهبة تمليك متمول بغير عوض إنشاء فيخرج الإنكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه وتدخل العارية والحبس والعمرى والصدقة.

قال: والحبس مصدرا إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا.

وقول ابن عبد السلام إعطاء منافع على سبيل التأبيد يبطل طرده بالمخدم حياته، ولا يرد بأن جواز بيعه يمنع اندراجه تحت التأبيد ؛ لأن التأبيد إنما هو في الإعطاء، وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه، وهو اسم ما أعطيت منفعته مدة إلى آخره.

ويلحق بما قال الشيخ من قوله: ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلى آخره القرض والعارية، قاله في المدونة، وغيرها، وأما الكفالة فالمشهور أنها لا تحتاج إلى حيازة، وما ذكر في الهبة متفق عليه، وما ذكر في الصدقة والحبس هو المشهور، وروى أبو تمام أنهما لا يفتقران إلى حيازة حكاه ابن زرقون، والمذهب أنهما لازمان بالقول ويجبر على التحويز إن هو امتنع.

وكذلك في الهبة على المشهور، وروي عن مالك أنها لا تنعقد إلا بالقبض.

(فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث إلا أن يطول ذلك في المرض فذلك نافذ من الثلث إن كان لغير وارث):

ظاهر كلامه وإن كان جادا في الطلب، وهو كذلك عن ابن الماجشون، وقال ابن القاسم: لا تبطل قال التادلي: وظاهر كلامه أنه لا تؤخذ منه في حالة المرض، ولو كانت له أموال مأمونة.

وروى ابن القاسم أن له أخذها في المرض إن كان له ذلك.

قلت: ما ذكره من ظاهر كلامه هو أحد قولي مالك في كتاب الصدقة، والمال المأمون هو العقار والرباع، قاله مالك في العتق الأول من المدونة.

واختلف في الناض الكثير فعند ابن القاسم: ليس بمال مأمون، وقيل: هو مال مأمون قاله أشهب، وأصبغ.

(والهبة لصلة الرحم أو لفقير كالصدقة لا رجوع فيها):

يريد وكذلك الهبة لليتيم وما ذكره زعم ابن عبد البر الاتفاق عليه وعزاه ابن عبد السلام لبعض الشيوخ كعادته في التعمية بعدم العزو، وقال: فيه نظر فإن مطرفًا قال فيمن وهب هبة لأبيه أو لوجه الله: فله الاعتصار.

وقال ابن الماجشون: لا يعتصر.

قلت: وما ذكره عن مطرف ذكره ابن زرقون بعد أن ذكر كلام ابن عبد البر، وزاد ابن رشد في قول مطرف أنه إذا وهب لولده لوجه الله أو لصلة الرحم أن له الاعتصار أبدًا حتى يسمي الصدقة.

وقال عياض: خرج بعض شيوخنا من إجازة مالك في العتبية لكل ما تصدق به على ابنه الصغير جواز الاعتصار في الصدقة.

(ومن تصدق على ولده فلا رجوع له):

كلامه في المسألة السابقة يغني عما ذكر هنا والله أعلم.

(وله أن يعتصر ما وهب لولده الصغير أو الكبير ما لم ينكح لذلك، أو يداين أو يحدث في الهبة حدثًا):

ظاهر كلام الشيخ: أن الجد لا يعتصر، وهي رواية ابن القاسم في المدونة ورواية ابن وهب في غيرها، وهو المشهور، وروى أشهب أنه يلحق بالأب وهو اختيار ابن عبد الحكم وظاهر كلامه أن الولد إذا نكح لذلك يمنع الاعتصار سواء كان الولد ذكرا أو أنثى وهو كذلك على ظاهر المدونة وابن الحاجب وتصريح مالك في الموطأ.

وقال ابن دينار: نكاح الذكر لغير الهبة لا يمنع الاعتصار ولأن الذكر دخل فيما المخرج بيده منه، وذلك في الأنثى بيد غيرها حكاه غير واحد كالباجي.

وظاهر كلامه ولو زال النكاح بموت أو طلاق قبل البناء أو بعده، وهو كذلك عند ابن القاسم، وظاهر كلامه أن المداينة لا يشترط فيها أن تكون على الهبة بل هي مانعة مطلقًا، كما لو كان الابن غنيا فوهب له أبوه هبة يسيرة يرى أنه لا يداين لمثلها، وهو كذلك عند ابن الماجشون.

وقال مالك، وابن القاسم وأصبغ ومطرف: لا يمنع والقولان حكاهما ابن رشد.

قال الباجي: ولو كان الابن مديانا فوهب له أبوه مالا فقال ابن الماجشون: لا يعتصر كما لو تقدمت الهبة، وقال أصبغ: يعتصر، وتغيير السوق لا يفيت نص عليه غير واحد كابن الماجشون.

قال ابن عبد السلام: وهو ظاهر المدونة، وقال بعضهم: لا يختلف فيه ولا يبعد تخريج الخلاف في هذا.

قلت: أراد بالبعض عياضًا رحمه الله تعالى، واعترض بعض شيوخنا قوله: ولا يبعد تخريج الخلاف فيه بأن من حقه أن يبين الذي يتخرج منه الخلاف وذكره دون تعيينه ساقط، ونص متأخر الأصوليين على أن القياس المنكر هو القياس على صورة غير معينة باطل ومثلوه بقول المستدل الزكاة واجبة في الحلي بالقياس على صورة من صور الوجوب فيسقط ليس معارضته بمثله وهو القياس على صورة من صور عدم الوجوب، وللأصبهاني شارح العتبية في ذلك كلام حسن ليس هذا موضعه.

وظاهر كلام الشيخ أن العطية إذا كانت دنانير وصرفها فإنها فوت، وهو كذلك قاله بعض من لقيناه من القرويين وأفتى به.

وقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله: ليس بفوت والأقرب هو الأول وقد قال ابن الجلاب: وعبد الوهاب خلط الدنانير بمثلها فوت وإن كان استقر لي من المدونة خلافه، وذلك أنه قال في المدونة: من ابتاع زيتا فصبه بمحضر بينة على زيته ثم فلس فالبائع أحق بقدر زيته، وهو كعين قائمة، وكذلك خلط الدنانير ومسألتنا أشد والله أعلم.

والحمل من الولد مفيت اتفاقًا وفي مجرد الوطء قولان.

(والأم تعتصر ما دام الأب حيًّا فإذا مات لم تعتصر ولا يعتصر من يتيم واليتم من قبل الأب):

قال الفاكهاني: هكذا روايتنا من يتيم في هذا الموضع، وفي بعض النسخ: والأم تعتصر ما دام الأب حيًّا فإن مات لم تعتصر ولا يعتصر من يتيم.

قلت: هما في المعنى واحد، وظاهر كلام الشيخ أنها تعتصر من ولدها اليتيم حالة الهبة، وإن كان غنيا، وهو كذلك قاله جمهور أصحاب مالك.

قال الباجي: وروى ابن المواز عن أشهب أن اليتيم إذا كان غنيا أن لها أن تعتصر كما تعتصر من الكبير.

واختلف إذا وهبته في حياة أبيه ثم مات الأب ففي الاعتصار قولان: قال المغربي: والتهذيب يحتمل القولان قال فيها: وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة أبيه فيحتمل أن يكون العامل في حياة أبيه تعتصر أو قوله وهبة.

وظاهر كلام الشيخ: وإن وقعت حيازة أن لها أن تعتصر، وهو المشهور، وقال ابن الماجشون: لا تعتصر ما حاز عنها له أبوه أو وصيه أو هو إن كان يلي نفسه، وإنما تعتصر ما وهبت له إن كانت هي التي تليه فلم تخرج الهبة من يدها حكاه ابن حارث وغيره.

(وما وهبه لابنه الصغير فحيازته له جائزة إذا لم يسكن ذلك أو يلبسه إن كان ثوبًا وإنما يجوز له ما يعرف بعينه وأما الكبير فلا تجوز حيازته له):

قال ابن عبد السلام: يقع في الإشهاد رفع يد الملك ووضع يد الحوز وظاهر كلامه أن ذلك على طريق الشرطية.

وقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله: الصواب عندي ما رأيته بخط ابن رشد وليس في شرحه لا يحتاج إلى الكتب برفع يد الملك ووضع يد الحوز، وما يكتبه جهلة الموثقين من ذلك لا يحتاج إليه.

واختلف فيما لا يعرف بعينه من المكيلات والموزونات فقيل: يكون حوزه فيها كغيره، وقيل: لا، كما قال الشيخ بل يجوز غيره وذكره الهبة طردي بل وكذلك الصدقة وكذلك ذكر الصبي وكذلك ذكر السفيه، وأراد بالكبير الرشيد، والوصي، ومقدم القاضي ملحقان بالأب وألحقوا الأب بالأجنبي في هبة دار سكناه فشرطوا معاينة الشهود الدار خالية من شواغل الأب.

قال الباجي عن ابن العطار: إن وهب أحد الوصيين يتيمهما لم يجز حوزه له وقيل: يجوز.

قلت: واختار بعض شيوخنا إن رضي الوصي الثاني وإلا فالأول، واختلف إذا قبض الزوج ما وهب لزوجته بدون أمرها فقيل: حوزه لها ماض قاله ابن الماجشون.

وقال ابن القاسم، وأصبغ: كالعدم فلا يصح وكلاهما حكاه ابن حارث.

قلت: وأخذ المغربي القول الأول من المدونة من قولها: ومن وهب لحاضر أو غائب أرضًا فقبض الحاضر جميعها فقبضه حوز للغائب، وإن لم يعلم ولا وكله، ونقل ابن حارث عن عبد الملك في مسألة المدونة: أنه ليس بحوز وكان عبد الملك رأى أن قبض الزوج ما وهب لزوجته كأنها وكلته عليه بخلاف الغائب فلا تناقض في كلامه -

والله أعلم- ولذا ينبغي حمل الخلاف على أنه خلاف في حال.

(ولا يرجع الرجل في صدقته ولا ترجع إليه إلا بالميراث):

كلام الشيخ رحمه الله يحتمل الوجهين الكراهة والتحريم، وظاهره أن الهبة بخلاف ذلك قال اللخمي: اختلف في خمسة مواضع هل النهي على الوجوب أو على الندب؟ وهل النهي عن الشراء من المتصدق عليه أم منه أو ممن صارت إليه ؟ وهل تدخل في ذلك الصدقة الواجبة أم لا ؟ وهل الهبة كالصدقة أم لا ؟ وهل المنافع كالرقاب أم لا ؟ وهل العود بالثمن أو بغيره ؟ فذكر في الأول المشهور من المذهب أن النهي في ذلك على الندب.

قال مالك: لا ينبغي أن يشتريها، وقال: يكره، وقال الداودي: هو حرام وظاهر الموازية لا يجوز قال: والأول أحسن لأن المثل ضرب لنا بما ليس بحرام.

قلت: واعترض بعض شيوخنا ما استدل به بأن التعليل يدل على ذم الفاعل لتشبيهه بالكلب العائد في قيئه، والذم على الفعل يدل على حرمته.

وقال عز الدين بن عبد السلام وأبعد اللخمي عن ذكر قواعد أصول الفقه حسبما قاله المازري في صلاة الجنازة. قال: هذا والله أعلم، وكذلك قول ابن عبد السلام المشهور الكراهة فيه نظر؛ لأن ظاهر كلام اللخمي فبما حكاه عن الموازية أن معنى لا يجوز الحرمة، وهو لفظ المدونة وسماع ابن القاسم ولم يحك ابن رشد في سماع عيسى غير لفظ لا يجوز.

قلت: تبع ابن عبد السلام اللخمي في تصريحه بالمشهور كما تقدم إذ معنى كلامهما واحد إلا أن عبارة ابن عبد السلام أشد لأنهما يتكلمان في النهي وليس الندب من عوارضه.

وظاهر كلام شيخنا أنه انفرد به وليس كذلك.

قال التادلي: واختلف إذا أخرج لسائل كسرة فلم يجده على ثلاثة أقوال ثالثها لابن رشد: إن أخرجها لسائل معين أكلها، وإلا فلا وفي النوادر: ولو أخرجها لسائل فلم يقبلها فليعطها لغيره وهو أشد من الذي لم يجده وفرق ابن رشد في بيانه بينهما بأنه لما أن وجده فأبى أن يقبلها وقد كان له أن يقبلها فردها أشبه عند ردها إليه بعد قبوله إياها ولعله إنما ردها إليه ليعطيها لغيره مثل أن يقول له أنا لا حاجة لي بها فادفعها لغيري فيكون ذلك قبولا منه لها، ويكون بذلك راجعا في صدقته.

(ولا بأس أن يشرب من لبن ما تصدق به ولا يشتري ما تصدق به):

يريد بلا بأس هنا لما غيره خير منه قال الفاكهاني: الظاهر أن هذا خلاف قول المدونة في كتاب الصدقة، ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرتها، وأي فرق بين اللبن والثمرة فانظره.

ونحوه قول شيخنا أبي مهدي رحمه الله تعالى: الصواب أن له الأكل من الثمرة كاللبن.

قلت: ويظهر لي فرق بينهما من حيث المعنى، وهو أن الابتذال في اللبن أغلب من الثمرة والله أعلم.

قال التادلي: انظر هل يأكل من ربح ما تصدق به يجري على حكم اللبن بل هو أجوز منه والله أعلم، وإذا تصدق بدابة فلا ينتفع بركوبها قاله في كتاب الصدقة من المدونة بأثر ما تقدم عنها.

وزعم ابن عبد السلام: أن المشهور الجواز وعزا عدم الانتفاع لعبد الملك، واختاره بعض الشيوخ للأحاديث الواردة في هذا الباب وأما العرية فقد تقدم أن ذلك إنما جاز للضرورة أو لقصد المعروف.

(والموهوب للعوض إما أثاب القيمة أو رد الهبة فإن فاتت فعليه قيمتها، وذلك إذا كان يرى أنه أراد الثواب من الموهوب له):

ما ذكر الشيخ أن الموهوب إذا أتى بالقيمة لا مقال للواهب هو المشهور، وقال مطرف: يخير الواهب حينئذ فإن شاء سلمها له بذلك، وإن شاء استرجع هبته حتى يرضى كذا عزاه أكثرهم، وعزاه ابن رشد له ولروايته وعزاه الباجي له ولسماع ابن القاسم وأبهم اللخمي روايته فعزاه له، ولمالك، ونقل الفاكهاني عن الباجي مثل عزو ابن رشد، وهو غلط لا شك فيه، وهذا القول هو قائم من كتاب الشفعة من المدونة، قال فيها: ولو أثابه بعد تغييرها أضعاف القيمة قبل قيام الشفيع ثم قام لم يأخذ إلا بذلك كالثمن الغالي وإنما يهب الناس ليعاوضوا أكثر.

قال مطرف وهو ظاهر قول عمر رضي الله عنه قال في الموطأ: ومن وهب هبة يرى أنه أراد الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها.

وظاهر كلام الشيخ أن الموهوب بالخيار ولو قبض الشيء الموهوب، وهو كذلك في المشهور وروى ابن الماجشون عن مالك أن القبض فوت يوجب القيمة، ولابن القاسم أن حوالة الأسواق فوت، وقاله أشهب، وأصبغ، وظاهر كلامه أن الزيادة والنقصان مما تفوت به الهبة فتلزم القيمة.

قال الباجي: وهو المشهور عن مالك، وقاله ابن القاسم، ولمالك وأشهب أن

الزيادة لا تلزم بها الموهوب القيمة، قال أشهب: وهو معنى قول مالك ليس للموهوب له ردها في النقص ولا للواهب في الزيادة.

وقال ابن عبد الحكم: ليس له الزيادة إلا باجتماعهما زادت القيمة أو نقصت.

قال ابن رشد: واختلف إذا تشاح الواهب والموهوب له فيما يكون ثوابًا، فقال أشهب: تتعين الدنانير والدراهم، وقال سحنون: لا تتعين ويصح أن يثيبه بكل ما يتمول، وقال ابن القاسم في المدونة: إلا فيما لا يثاب منه عادة كالحطب، وفي المدونة: لا ثواب في هبة العين ابن القاسم إلا بشرط، واختلف في هبة الحلي. فقال ابن القاسم فيه الثواب.

وقال أشهب: بعكسه والقولان حكاهما المتيطي رحمه الله تعالى، واشتهر الخلاف في اعتبار القيمة هل هي يوم الهبة أو يوم الحكم وإلا فيوم القبض على قولين: وكلاهما لمالك رحمه الله تعالى.

قال الفاكهاني: ورأيت لابن عبادة البطليوسي التفصيل بين أن يكون العوض مما لا تتعين فيه الهبة فيوم الحكم وإلا فيوم القبض فكأنه تفقه فيه وهو عندي لا بأس به.

(ويكره أن يهب لبعض ولده ماله كله وأما الشيء منه فذلك سائغ):

إنما كان مكروها خشية العقوق، ولذلك قال: وأما الشيء منه فذلك سائغ؛ لأنه يؤدي على البر.

(ولا بأس أن يتصدق على الفقراء بماله كله لله):

قال الفاكهاني: لأنه فعل خير وقربة، وقد أثنى الله تعالى على فاعل ذلك فقال: ﴿ وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ﴾ [الحشر: ٩] وبقوله: ﴿ وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُۥ ﴾ [سبأ: ٣٧] وقوله: ﴿ وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴾ [الحشر: ٩]، وفي الحديث: «**ينادي مناديان كل يوم في السماء: اللهم أعط كل منفق خلفا، وكل ممسك تلفا**»(١)، وهذا له عندي شرطان أن لا يتشوش إذا بقي بغير شيء إلى أن يفتح الله عليه وأن يكون ما يرجوه مثل المال المتصدق به في الحلية.

قلت: كلامه يدل على أن لا بأس هنا: راجحة الفعل من حيث الجملة، وقال التادلي: يريد مع الكراهة إذ لا قائل بجوازه دونها.

(١) رواه البخاري (٢/٥٢٢)، ومسلم (٢/٧٠٠).

قلت: وقال سحنون في العتبية من تصدق بكل ماله ولم يبق ما يكفيه ردت صدقته كذا عزاه اللخمي، وتعقبه بعض شيوخنا بكونه لم يجده في العتبية إلا في سماع ابن القاسم تصدق بكل ماله وتخلى عنه صحيحا فلا بأس به قال: وظاهر قوله ردت صدقته أنه لا يلزمه شيء، ولما ذكر ابن بشير الخلاف في إمضاء فعله بعد الوقوع والنزول ولم يعزه.

قال: وفي الشريعة ما يدل على الوجهين قبل رسول الله ﷺ الصدقة من أبي بكر بجميع ماله ورده على كعب بن مالك وغيره، وقد قال أبو حامد الإسفراييني: إن من يرجع إلى اليقين كما رجع إليه أبو بكر بحيث لا يسخط فتجوز صدقته بجميع ماله ومن يكون على خلاف في ذلك فلا ويرد إليه فيجعل ذلك خلافًا في حال.

(ومن وهب هبة فلم يحزها الموهوب له حتى مرض الواهب أو أفلس فليس له حينئذ قبضها):

يريد بالمرض المخوف عليه، وظاهر كلام الشيخ أن إحاطة الدين بمال الواهب ليست بمانعة من الحيازة بل حتى يفلس، وهو كذلك عند أصبغ.

قال ابن الماجشون، ومطرف: الدين أولى ويشترط في صحة القبض أن يكون الواهب في عقله نص على ذلك ابن القاسم.

قال الباجي: يريد ويكون موقوفا فإن اتصل ذلك بموته بطلت وإلا جاز ذلك.

وقال ابن عبد السلام: إنما يتبين هذا على القول الشاذ أن الهبة لا تلزم بالقول، وأما على القول المشهور أنها تلزم به فمقتضى القياس كان دفعها للموهوب له والفرق بين ذهاب العقل وبين المرض والدين أن الحق في ذهاب العقل للواهب وقد أسقطه بالتزامه، وهو في المرض لغير الواهب، وهو للوارث، وكذلك في الدين لغير الوارث، ولم يلتزم أحدهما شيئًا، وشرط إنفاذ الهبة قد فات فتبطل الهبة.

(ولو مات الموهوب له كان لورثته القيام فيها على الواهب الصحيح):

ما ذكر مثله في أول كتاب الهبة من المدونة قال فيها: وإن وهبت هبة لحر أو عبد فلم يقبضها حتى مات فلورثة الحر، وسيد العبد قبضها، وقال: في كتاب الصدقة في المرسل بهدية بموت المرسل أو يموت المرسل إليه قبل وصولها فإنها ترجع إلى المهدي أو لورثته واستشكلت وأجيب بقوة الحوز إذا مات الواهب وباحتمال أن لا يقبل الموهوب له العطية لو وصلت إليه.

قال ابن عبد السلام مضعفا له: وقد علمت أن هذا الاحتمال قائم إذا أشهد

الواهب مع ذلك فلا أثر له، وأيضًا لو كان هذا التعليل صحيحا لما افترق الحكم بين هبة الحاضر والغائب فالصواب عنده تعليل المسألة بأن الإشهاد هو غاية المقدور عليه في التحويز فإن موت الموهوب لا يضر في الحيازة ألا ترى إلى قوله في المسألة التي قبل هذا: وما اشترى الرجل من هدية لأهله في سفره من كسوة ونحوها ثم مات قبل أن تصل إلى بلده فإن كان أشهد على ذلك فهي لمن اشتراها له، وإن لم يشهد فهي ميراث فقد أمضى هذه الهدية مع عدم القبول.

(ومن حبس دارًا فهي على ما جعلها عليه إن حيزت قبل موته ولو كانت حبسًا على ولده الصغير جازت حيازته له إلى أن يبلغ وليكرها له ولا يسكنها) [1]:

اعلم أن المذهب وبه قال أكثر العلماء في الحبس أنه مندوب إليه.

قال بعض شيوخنا: ويتعذر عروض وجوبه بخلاف الصدقة، وقال أبو حنيفة وأصحابه ممنوع لقوله تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ ﴾ [المائدة: ١٠٣] وما في معنى هذا من الآي وليس معناه كما ظنوه إذ مقتضى الآية الكريمة توبيخهم على اتباع خطوات الشيطان وليس ما يحبسه الإنسان على ولده أو غيره بشيء من ذلك بل هي قربة، وأيضًا فقد وقع الإجماع على تحبيس المساجد والطرقات، والقناطر وللقوم احتجاج يطول جلبه ورده فمن شاءه فلينظره في المطولات.

قال الباجي: وقد نزع أبو يوسف عن مذهبه إلى مذهب مالك لما ظهر عليه مالك في مجلس الرشيد، وقال: هذه أوقاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقلها أهل المدينة خلفهم عن سلفهم يشير بذلك إلى الخبر المتواتر، وهذا فعل أهل الدين والعلم في الرجوع إلى الحق متى ظهر، وتبين ولا خلاف عندنا أنه يصح في العقار المملوك لا

---

(١) في الرجل يحبس داره على المساكين فلا تخرج من يديه حتى يموت قلت: أرأيت إن حبس غلة دار له على المساكين فكانت في يديه يخرج غلتها كل عام فيعطيها المساكين حتى مات وهي في يديه أتكون غلتها للمساكين بعد موته أم تكون ميراثا؟ قال: قال مالك: إذا كانت في يديه حتى يموت لم يخرجها من يديه حتى مات فهي ميراث وإن كان يقسم غلتها إلا أن مالكًا قال لنا في الخيل والسلاح: إنه مخالف للدور والأرضين إذا كان له خيل أو سلاح فجعلها في سبيل الله فكان يعطي الخيل يغزى عليها أيام غزوها وإذا قفلت ردت إليه فقام عليها وأعلفها والسلاح مثل ذلك قال مالك: إذا أنفذها في حياته هكذا وإن كانت ترجع إليه عند القفل فأراها من رأس المال وهي جائزة ولا يشبه هذا عندي النخل ولا الدور والأرضين. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/٤٢٦).

المستأجر.

قال اللخمي: ومن حبس حظه في مشاع قبل أن يأذن شريكه فإن كان المشاع مما ينقسم قسم بما خرج للحبس مضى حبسًا، وإن كان مما لا ينقسم رد الحبس للضرورة؛ لأنه لا يقدر على بيع الجميع وإن فسد فيه شيء لم يجد من يصلحه معه، وما ذكر مثله في نوازل الشعبي، وقال بعض شيوخنا في القسم الأول هذا على أن القسم تمييز حق، وإما على أنه بيع فإنه يؤدي إلى بيع الحبس إلا أن يقال الممنوع بيعه ما كان معينا لا المعروض للقسم؛ لأنه كالمأذون في بيعه من محبسه.

قال: وما ذكر اللخمي عن المذهب هو أحد الأقوال الثلاثة، وقال ابن حبيب، وابن الماجشون فيما لا ينقسم: يباع فما أصاب المحبس اشترى به مثل ما حبسه فيه وظاهر آخر مسألة من شفعة المدونة أنه جائز مطلقًا، ولا مقال للشريك، ونقله ابن سهل عن ابن زرب.

قلت: ولم يذكر ابن عبد السلام إلا القول الثاني: وعزاه لبعضهم زاد واختلفوا هل يقضى عليه بذلك أم لا ؟

واختلف قول مالك في وقف العروض وكذلك اختلف قوله أيضًا في الحيوان فقيل: يجوز في الخيل وحدها.

واعلم أن الحبس لا يصح بالشاهد واليمين، وقال أبو عمران الصنهاجي: وكذلك النكاح والطلاق والعتق والولاء والنسب، والوصايا لغير المعينين وهلال رمضان وهلال ذي الحجة، والتمويت والقذف والإيصاء، ونقل الشهادات والترشيد.

قلت: زاد شيخنا أبو مهدي الحضانة لا يصح إسقاطها بشاهد ويمين قال أبو عمران، وفي التعديل والتجريح خلاف وكذلك الوكالة وشاهد على نكاح امرأة وقد ماتت وشاهد على نسب رجل أنه قد مات وكذلك على ولاء رجل أنه قد مات وترك مالا.

قلت: وكذلك الأدب بالشاهد واليمين ذكره ابن رشد، وما ذكر الشيخ أن الدار تصرف فيما جعلت فيه صحيح، وإن لم ينص صاحبها على شيء، ومات فإنه يرجع إلى العرف فإن لم يكن فهي على الفقراء قاله في المدونة وقاله عبد الوهاب في المعونة وتصرف في وجوه الخير.

(فإن لم يدع سكناها حتى مات بطلت):

ما ذكر الشيخ من أنه إذا لم يدع سكناها فإنها تبطل، وهو كذلك وتقدمت رواية أبي تمام أن الحبس والصدقة لا يفتقران إلى حوز، واختلف إذا سكن بعضها ووقع

الحوز في بعض. فقال ابن القاسم في المدونة في آخر الرهون: ومن حبس على صغار ولده دارًا أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فذلك حوز وحوزه حوز لهم إلا أن يكون ساكنا في كلهما أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وتورث على فرائض الله تعالى، وأما الدار الكبيرة ذات المساكن يسكن أقلها ويكري لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن وفيما لم يسكن.

وفي المذهب أقوال أخر أحدها: أنه يمضي الجميع بشرط أن يكون ما حيز منها أكثر من النصف وعكسه عكسه وإن حيز النصف وسكن النصف صح ما لم يسكن وبطل ما سكن.

وقيل: إن سكن القليل وأبقى الكثير خاليا بطل حتى يكريه لهم؛ لأن تركه منع لهم فكأنه أبقاه لنفسه وكلاهما لشيوخ عبد الحق وعزا عياض الأخير منهما للصقليين قال: وهو صحيح في النظر ظاهر من لفظ الكتاب وقيل: يبطل الجميع مطلقًا حكاه ابن شاس.

وقيل: ما حيز لزم بخلاف الباقي عزاه ابن الحاجب لابن القاسم، وهو خلاف ما تقدم له في المدونة؛ لأنه حاصل ما فيها إن سكن الجل بطل الجميع، وإن سكن الأقل صح الجميع، ويتعارض المفهومان في النصف، واختلف إذا كان المحبس يتولى صرف منفعة الحبس على من حبس عليه، وهم غير معينين هل يؤثر ذلك في صحة الحوز أم لا؟ على ثلاثة أقوال: فقيل: يؤثر وقيل: لا يؤثر.

وقيل: إن كانت الرقبة بيده وإنما يتصرف في الغلة كالحائط يبقيه بيده ويدفع غلته للفقراء فإنه يؤثر، وإن كانت سلاحا أو كتبًا يدفعها لم يقاتل بها أو ينظر فيها ثم يعيدها إلى الحبس فلا يؤثر قاله في المدونة وما ذكرناه من أنها ثلاثة أقوال هو عزو ابن الحاجب وذكرها ابن شاس رواية وقبله ابن عبد السلام وابن هارون.

وقال بعض شيوخنا: لا أعرف بطلانه في الفرس والسلاح إن أخرجها وعادت إليه بحال ويشترط في إثبات الحوز الشهادات بالمعاينة لا بالإقرار.

(وإن انقرض من حبست عليه رجعت حبسًا على أقرب الناس بالمحبس يوم المرجع):

يريد من الفقراء قال ابن كنانة: وإنما يرجع إلى أولى الناس بالمحبس ولم يرجع إلى المحبس؛ لأنه رجوع في الصدقة.

قال ابن عبد السلام: وهذا قد يظهر إذا كان الحبس أولى بمعنى الصدقة وهو أعم

من ذلك لأن المذهب لا يشترط فيه ظهور القربة، وإنما كان الحكم أن يرجع إلى أولى الناس بالمحبس لما يجتمع به من الصلة، وسد خلة الفقير قاله ابن كنانة أيضًا.

وقال مالك في رواية أشهب أحب إليّ أن يرجع صدقة على المساكين وأهل الحاجة ولا يرجع ميراثا وما ذكرناه من اشتراط الفقير هو المشهور.

وقيل: يدخل الأغنياء في السكنى دون الغلة، وقيل: إذا لم يكن أهل المرجع فقراء أعطى للأغنياء منهم، والمشهور من المذهب أنه يدخل من النساء من لو كان رجلاً كان عاصبا.

وقيل: لا يدخلن وعلى الأول فقال مالك في كتاب محمد الذكر والأنثى فيه سواء واشترط في أصل الحبس للذكر مثل حظ الأنثيين قال: إن المرجع ليس فيه شرط ولو لم يكن له يوم المرجع إلا ابنة واحدة لكان لها جميعه فإن لم يكن للمحبس من القرابة من يصرف إليه المرجع فإنه يصرف إلى الفقراء.

(ومن أعمر رجلاً حياته دارًا رجعت بعد موت الساكن ملكًا لربها، وكذلك إن أعمر عقبه فانقرضوا بخلاف الحبس):

ما ذكره صحيح جلي المعنى من حيث إن العمرى إنما هي تمليك للمنافع دون الرقاب بخلاف الحبس فإنه تملك للرقاب.

(فإن مات المعمر يومئذ كانت لورثته يوم موته ملكا):

قال الفاكهاني: يريد إذا قال له: أعمرتك هذه الدار أيام حياتي، وأما إن قال له: أيام حياتك فمات المعمر فإنها لا ترجع لورثته إلا بعد موت المعمر.

(ومن مات من أهل الحبس فنصيبه على من بقي):

قال ابن رشد: إذا مات أحد من أهل الحبس فلا يخلو من ثلاثة أوجه: تارة يكون بعد الطيب فهذا حصته لوارثه اتفاقًا.

قلت: وذكر اللخمي قولاً أن المعتبر من وجد عند القسم فيما إذا كانت تقسم عليهم الغلة، وليسوا يلون عملها.

قال ابن رشد: وتارة يموت قبل الإبار فلا شيء لوارثه اتفاقًا، وتارة يكون بعد الإبار، وقبل الطيب ففي ذلك خمسة أقوال: فقيل: لوارثه مطلقًا قاله غير واحد من الرواة في المدونة، وقيل: مثله إن كان الميت أبر وسقًا قاله في هذا السماع وقيل: هو لمن بقي من أهل الحبس وهذا الذي رجع إليه مالك، وقيل: مثله إن كانوا يلون عملها، وكان المحبس عبدًا يخدمهم أو دارًا يسكنونها، وإن كان ثمرا يقسم رجع لمحبسه، وقيل:

له مطلقًا وإن لم يعرها وأولهما هو الذي رجع عنه مالك في المدونة.

وثانيهما: مقتضى قول اللخمي وعزاه لرواية عبد الوهاب في المعونة وصوبه إلا أن تكون العادة رجوعه لبقية أصحابه.

(ويؤثر في الحبس أهل الحاجة بالسكنى والغلة):

ما ذكر هو المشهور، وقيل: لا يفضل ذو الحاجة على الغني إلا بشرط من المحبس وسواء كان التحبيس على قوم بأعيانهم وأعقابهم أو على ولده وولد ولده إلا أن المخالف في الأولى عبد الملك، والمخالف في الثانية المغيرة والفقه قريب.

(ومن سكن فلا يخرج لغيره إلا أن يكون في أصل الحبس شرط فيمضي):

زاد في المدونة ولو لم يجد مسكنا ولا كراء له، وظاهر كلامه ولو استغنى بعد أن سكن لأجل فقره، وهو كذلك.

قال ابن عبد السلام: ولعل ذلك لأن عودته لا تؤمن وإلا فالأصل كان أن لا يخرج.

قلت: وقال بعض شيوخنا: نص ابن رشد عن ابن القاسم على أنه لا يخرج إذا كان الحبس على العقب فإذا سكن لغيبة غيره فلا يخرج، ولو كان على الفقراء فإنه يخرج إذا استغنى قال: وقول ابن الحاجب: لا يخرج الساكن لغيره وإن كان غنيا يوهم خلاف ذلك لقول ابن عبد السلام: ولو سكن ثم خرج فإن كان خروج انقطاع يسقط حقه وكان من سكن أولى وإلا فلا قال في المدونة: ومن مات أو غاب غيبة انتقال استحق الحاضر مكانه.

وأما من سافر لا يريد مقامًا فهو على حقه إذا رجع وأقام منها المغربي ما في جامع العتبية أن من أقام بموضع في المسجد في الصف الأول وقام لتجديد وضوء أو لغيره على أن يؤوب إليه بالقرب أنه أحق والقرب هو أن يكون ذلك المعنى الذي جلس إليه قائمًا مثل أن يكون ينتظر الصلاة.

قلت: ومن هذا المعنى قيام الطالب من درس العلم لحاجة ثم يعود وكذلك قال شيخنا أبو مهدي رحمه الله: لا يجلس غيره من أصحابه في مكانه إذا سبقه إذا كان لكل إنسان موضع معلوم به كما هو المألوف عندنا بتونس؛ لأن ذلك مقصود من المجلس للعرف المقتضي لذلك.

(ولا يباع الحبس وإن خرب) (١):

---

(١) قال الشيخ زروق: الجمهور على منع الحبس واستدل له سحنون ببقاء أحباس السلف خراباً إذا =

ما ذكر هو المعروف وروى أبو الفرج جوازه وهو الذي حكاه ابن رشد، وكذلك ذكر اللخمي الخلاف وعزا الجواز لابن القاسم جريا على قوله في الثياب إذا بليت إلا أنه قصر الخلاف على ما بعد من العمل ولم يرج صلاحه، وأما ما كان بالمدينة فلا يباع وظاهر كلامه باتفاق فجعله بعض شيوخنا ثالثًا.

وقال ابن عبد السلام: حكى أبو الفرج وابن شعبان قولاً بجواز بيع الخرب مثل ما في الرسالة واعترضه بعض شيوخنا بأن الذي في الرسالة إنما هو المناقلة بالمعاوضة فقط كما سيأتي ورواية أبي الفرج بالبيع أعم منه.

قلت: على أن ما حكاه عن ابن شعبان لم أجده.

واختلف هل يجوز نقض بيع نقض الحبس إذا خرب أم لا ؟ على قولين ذكرهما في الزاهي، وكذلك اختلف هل يجوز نقله إلى حبس آخر ليبني به إذا لم ترج عمارة الخرب أم لا ؟ وبالجواز مضى العمل عندنا.

قال مالك: ولا بأس أن يشتري من دور محبسة إن احتيج إلى توسعة مسجد أو طريق؛ لأنه نفع عام، وقيل به في مساجد جوامع الأمصار لا القرى قاله غير واحد كابن عبد الحكم ومطرف واختلف المتأخرون إذا أبوا من بيعها للمسجد فقال أكثرهم: تؤخذ بالقيمة جبرًا، وقيل: لا يجبرون وقيل بالأول في المسجد الجامع بخلاف غيره، وأما إذا كانت الدار الملاصقة لمسجد الجمعة مملوكة، فقال الباجي: يجبر أهلها بإجماع.

وقال ابن رشد: في الجبر قولان وأفتى بالجبر، واحتج بقول سحنون يجبر ذو أرض تلاصق طريقًا هدمها نهر لا ممر للناس إليه فيها على بيع طريق لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال، وبفعل عثمان رضي الله عنه، في توسعة مسجده صلى الله عليه وسلم وبقول مالك وغيره إذا غلا الطعام واحتيج إليه أمر الإمام أربابه بإخراجه للسوق.

(ويباع الفرس الحبس يكلب ويجعل ثمنه في مثله أو يعان به فيه):

ما ذكر الشيخ هو المشهور، وقول ابن الماجشون: لا يباع ويوقف، وإن ذهبت

=

انقطعت منفعة الحبس وعاد بقاؤه ضررا أجاز بيعه وإن لم يكن ضرر أو رجى أن تعود منفعته لم يجز بيعه واختلف إذا لم يكن ضرر ولا رجيت منفعته والذي آخذ به المنع خوف كونه ذريعة لبيع الحبس (ع) في منعه ثالثها إن كان بمدينة للمعروف وإحدى روايتي أبي الفرج ونقله اللخمي انتهى.

منفعته إلا أن يكون شرط فأطلق هذا الخلاف غير واحد.

وقال اللخمي: إن انقطعت منفعة الحبس وعاد بقاؤها ضررا جاز بيعه وإن لم يكن ضررا ورجا أن تعوده منفعته لم يجز بيعه.

واختلف إذا لم يكن ضرر أو لا رجيت منفعته، وما ذكر الشيخ من صفة الجعل هو كذلك في المدونة في الفرس، وقال في الثياب: يتصدق بها في السبيل إن لم تبلغ ثيابًا ينتفع بها فقيل: إن الثياب لما لم يظهر لها كبير منفعة في الغزو استخفت الصدقة بما عجز عن ثمن ثوب بخلاف الخيل لعظم منفعتها في الغزو وحوفظ على أصل التحبيس فيه.

قال ابن عبد السلام: وفي هذا الفرق نظر، قال ابن وضاح سألت سحنون عن زيت المسجد يكون كثيرًا أيباع ويتخذ في منفعة الحبس ؟ قال: تجعل فتائله غلاظا ولم ير بيعه.

قلت: أيوقد في مسجد آخر؟ قال: لا بأس، قلت: فالخشب تكون في المسجد قد عفنت لا يكون لها كبير منفعة أترى أن تباع ويشترى بثمنها خشب، ويرم بها المسجد قال: أما أنا فلا أجعل سبيلا إلى بيعها أصلاً وأشار بقوله أنا إلى أن ثم قولاً ضعيفا.

وقال ابن زرب بيع حصر المسجد جائز وكذلك ما يلي من أنقاض المسجد ويصرف في منافعه.

(واختلف في المعاوضة بالربع الخرب بربع غير خرب):

قد قدمنا أن القول بالجواز داخل في عموم رواية أبي الفرج،والقول بالمنع نقله الباجي عن ابن شعبان قائلاً: وإن خرب ما حوله وقد تعود العمارة ولم يحك الباجي غيره.

واعلم أن المتولي للوقف يكريه بنظره السنة والسنتين فإن أكراه ممن مرجعه إليه جازت الزيادة على ذلك وقد أكرى مالك منزله، وهو كذلك عشر سنين واستكثرت.

قال ابن عبد السلام: ومعنى ما تقدم إذا كانت الدار وقفا على معينين ثم على أولادهم، وشبه ذلك، وأما إن كانت الدار على الفقراء وشبههم فينبغي أن يكون أوسع من هذا الأجل إذ لا يتقى في ذلك سوى انهدام الدار، وهذا الاحتمال لا يمنع من طول الأجل في الدور ثم قال: وأجاز جماعة من فقهاء بلدنا وعمل به منذ عشرين عامًا كراء بقعة من أرض الحبس أربعين عامًا لمن بناها دارًا وليس الحبس فيها على معينين بعد أن بذل فيها مكتريها عوضًا خارجًا في الكثرة عن العادة.

قال ابن الحاجب: ولا يفسخ كراء الوقف لزيادة، قال ابن عبد السلام: يعني إذا كان عقده غبطة، وأما إن كان فيه غبن فتقبل فيه الزيادة قيل: وسواء كان من طلب الزيادة فيه حاضرا أو غائبًا وأهل تونس في هذا التاريخ وقبله بسنين كثيرة استمروا على أنه يكري ربع الحبس على قبول الزيادة فيه ويجعلونه منحلا من جهة المكرى ومنعقدا من جهة المكتري وهو قول منصوص عليه في المذهب ووقع في المدونة ما يقتضيه، وأن بعضهم رأى ما في المدونة خارجًا عن أصول المذهب، واعتقد بعض من لقيناه أن ذلك مخالف للإجماع؛ لأنه راجع إلى بيع الخيار ولم يجزه أحد إلى سنة.

وأشار ابن رشد إلى أن هذه المسألة ليست كبيع الخيار الذي جعل أمد الخيار فيه سنة فإن ذلك ينتقض فيه البيع من أصله إذا أراد حله من جعل له الخيار وهنا لا ينتقض إلا ما بقي من المدة.

قلت: وهذا الفصل لما كان مضطرا إليه ذكرنا في هذا المحل اتباعا لمن ذكر، وإن كان غير هذا الفصل أليق به والأعمال بالنيات.

(والرهن جائز)[1]:

---

(١) الرهن عقد لازم واشتراط غلته مبطل فيصح بالقول ويتم بالقبض ويجبر الراهن عليه واستدامته شرط فإن عاد إليه اختيارًا أو بإعارة أو إجارة أو وديعة بطل كتراضيه على قبضه حتى مات الراهن أو أفلس لا بامتناع الراهن مع إقامته على الطلب والمال الباطن مضمون ما لم تقم بينة أو يكن على يد أمين لا الظاهر إلا بالتعدي فإن اختلفا في قيمته واتفقا على صفته قوم عليها فإن اختلفا أيضًا حلف المرتهن فإن حلف الراهن قوم عليها فإن جهلاها حلف المرتهن على قيمته وقاصه فإن اتفقا واختلفا في قدر الحق فالرهن شاهد بقدر قيمته ويحلف الراهن لنفي الزائد وفي عين الرهن القول للمرتهن وفي كون المقتضى ما به الرهن يحلفان وتحسب منهما وفي مال العبد معه القول قول الراهن ولا يصح رهن ما لا يجوز بيعه بحال ولا تقبل دعوى المديان رهنا عند غريم إلا ببينة على قبضة رهنا ويصح المشاع فإن كان باقيه له لزمه تسليمه وإن كان لغيره نزل المرتهن معه منزلة الراهن ومن رهن على قدر معين ثم أخذ زيادة عليه صار رهنا بالجميع فلو أراد رهن فائضه عند غير المرتهن وقف على إذنه ويقدم الأول في الاستيفاء ونساؤه لربه ونفقته عليه ونتاجه رهن معه كفراخ النخل لا الصوف واللبن ومال العبد إلا أن يشترطه ولا يتبعض بتبعض القضاء بل ما بقي فهو محبوس به ويجوز اشتراط الانتفاع به في البيع لا في القرض. فإن وكله ببيعه صح ولم يكن له عزله فإن باعه ربه وقف على إجازة المرتهن فإن ادعى أنه أذن ليتعجل حلف ويعجل وفي عتقه موسرا ينفذ ويتعجل وفي عسره يوقف فإن أفاد مالا أنفذ وإلا بيع في الدين كاستيلاده الأمة ووطء المرتهن بغير إذن زنى وبإذنه يبطل وقاصه بقيمتها وتصير أم ولد. انظر أشرف المسالك للساحلي (١/ ٢١٠).

قال ابن الحاجب: الرهن إعطاء امرئ وثيقة بحق واعترض بأنه غير مانع بالمنع لذي حق على الوفاء به والحميل لحق والإشهاد به.

قال ابن عبد السلام: وأجيب بمنع قبول دخول شيء منها تحته؛ لأن لفظة إعطاء تقتضي حقيقة دفع شيء ولفظ وثيقة يقتضي صحة رجوع ذلك الشيء لدافعه إذا استوفي ذاك وذلك لا يصح في الحميل واليمين الأخذ والرد حقيقة.

وأما الوثيقة بذكر الحق فهو وإن صح دفعها فلا يلزم ردها بعد استيفاء الحق.

قلت: ورده بعض شيوخنا بأن قوله لفظة إعطاء يقتضي دفع الشيء إلى آخذه، وإن أراد دفعه حسب المحسوس منع لصحة قولنا: إعطاء عهد الله والأصل الحقيقة، وإن أراد الأعم منه، ومن المعنى دخل ما وقع النقص به وإن سلم كونه حسيا بطل بإخراجه رهن الدين، وقوله لفظة وثيقة تقتضي صحة رجوع ذلك الشيء إلى آخذه يريد؛ لأنه لا يلزم من نفي لزوم ردها نفي صحته واللازم عنده إنما هو الصحة حسبما تصرح به قال: ويتعقب رسم ابن الحاجب بأنه لا يتناول الرهن بحال؛ لأنه اسم والإعطاء مصدر وهما متباينان، وظاهر كلام الشيخ: أن الرهن جائز حضرًا أو سفرا وهو كذلك عندنا.

(ولا يتم إلا بالحيازة):

ظاهر كلام الشيخ إذا لم يحز فإنه يبطل، وإن كان جد في الطلب إلى أن قام عليه الغرماء، وهو كذلك قال ابن حارث وقال عبد الوهاب عجزه مع جده في طلبه إلى أن قاموا لا يبطله كالهبة.

وحكى اللخمي القول الثاني غير معزو كالأول دون استدلال قائلاً، وهو أحسن.

قلت: واستدلال القاضي بالهبة يدل على أنه متفق عليه فيها وليس كذلك بل هو قول ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: تبطل حسبما قدمنا ذلك في موت الواهب ولا فرق بين الموت والتفليس.

واعلم أن الحوز المتقدم لغير الرهن كالمتأخر على الأصح، واختلف هل يصح رهن مشاع العقار أم لا ففي المدونة صحته.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا ينعقد فيه رهن قال المازري، وخرجه الشيخ عبد المنعم، وهو أحد شيوخ شيوخي من قول بعض أصحابنا أن هبة المشاع لا تصح؛ لأن قبضه لا يتأتى.

قلت: وخرجه بعض المتأخرين من منع صرف جزء الدينار لامتناع القبض

الحسي فيه ورده شيخنا أبو مهدي رحمه الله بأن الصرف أشد فهو أضيق بدليل أنه يشترط فيه القبض الحسي.

وقال ابن الحاجب: وقبض الجزء المشاع، والباقي لغير الراهن إن كان عقارا جائز باتفاق.

وقال ابن عبد السلام: لم يطلع المؤلف على الرواية بمنع رهن المشاع كأبي حنيفة.

قلت: ومرض بعض شيوخنا نقله بقوله: لا أعرف هذه الرواية وظاهر نقل شيوخ المذهب نفيها، ولو كانت ثابتة ما اضطر إلى التخريج الذي ذكره المازري والشأن من التحقيق في ذكر غريب مثل هذا عزوه.

(ولا تنفع الشهادة في حيازته إلا بمعاينة البينة):

ظاهر كلامه أن الإقرار بحوزه ووجوده في يده بعد الموت أو التفليس كالعدم، وهو ظاهر المدونة قال فيها: ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البينة بحوزه في حبس أو هبة أو رهن.

وقيل: إن وجود الرهن بيد المرتهن بعد موت راهنه يقبل قوله حزته في صحته نقله أبو محمد في نوادره عن مطرف وأصبغ، ونقل خلافه عن ابن الماجشون، وابن حبيب، وفي الطرر لابن عات العمل أنه إذا وجد بيده وقد حازه كان رهنا، وإن لم يحضروا الحيازة ولا عاينوها ؛ لأنه صار مقبوضًا وكذلك الصدقة.

(وضمان الرهن من المرتهن فيما يغاب عليه ولا يضمن ما لا يغاب عليه، وثمرة النخل الرهن للراهن):

ما ذكر الشيخ أن ضمان ما يغاب عليه من المرتهن هو كذلك باتفاق من حيث الجملة ويريد ما لم يكن بيد أمين فإنه من الرهن كما سيأتي له.

وظاهر كلامه ولو قامت البينة على هلاكه وهو كذلك في رواية أشهب وقيل: لا يضمن رواه ابن القاسم، وقال به، وبه قال عبد الملك وأصبغ نقله ابن يونس وسبب الخلاف هل الضمان بالأصالة أو بالتهمة، ولو اشترط نفي الضمان؟ فقال ابن القاسم: لا يعول عليه، ويضمن، وقال أشهب: لا يضمن وقيل: إن كلا منهما ناقض أصله.

وأجاب بعض شيوخنا عن ابن القاسم: بأن الضمان يتقوى معه الشرط ؛ لأن الضمان عنده معلل بالتهمة، وعن أشهب بأن شرط عدم الضمان ناسخ.

قلت: ولا مناقضة على ابن القاسم في قوله في العارية إذا اشترط المستعبر أنه

مصدق فيها وكانت مما يغاب عليه فإنه يوفى له بشرطه ؛ لأن العارية معروف وإسقاط الضمان معروف ثان بخلاف ما أصله المكايسة كالرهن قاله اللخمي في العارية، وما ذكر الشيخ من نفي الضمان فيما لا يغاب عليه هو المنصوص والمشهور، وقال المازري: وخرج بعضهم ضمانه من رواية ضمان المحبوس بالثمن.

ورده بعض أشياخي بأن ضمان المحبوس بالثمن ليس لأنه رهن بثمنه لاحتمال كونه على رواية شرط مضى زمان إمكان قبض المبيع بعد عقده في ضمانه بالعقد والحبس مانع من تمكن قبضه وخرجه بعضهم من قول شركة المدونة إن استعار أحد الشريكين دابة لحمل شيء من مال الشركة بغير إذن شريكه فتلفت: لا ضمان على الشريك غير المستعير، وأجيب بأنه بيان لحكم الشركة لو حكم حاكم بضمانه لا أنه بيان لحكم ضمان المستعير.

قال رحمه الله: ويستغنى عن هذا التخريج بقول أبي الفرج عن ابن القاسم فيمن قبض عبدًا ارتهن نصفه فتلف: ضمن نصف فقط.

قال في المدونة في السلم الثاني: ما لا يغاب عليه هو الحيوان والدور والأرضون والثمر في رءوس النخل والزرع إذا لم يحصد.

قال اللخمي: وهو عام في الحيوان على اختلاف أنواعه من شاة وطير، وأرى أن يضمن ما يستخف أكله وذبحه.

(وكذلك غلة الدور):

ما ذكر الشيخ أن غلة الدور للراهن هو المشهور، وفي المبسوط لمالك: من استرهن دارًا أو عبدًا قبضه أو لم يقبضه ؛ فإن إجارة العبد والدار تجمع لا تصل إلى الراهن ولا للمرتهن حتى يفك الرهن فتكون تبعًا للرهن فإن كان في الدار كفاف الحق كانت الإجارة للراهن.

قال في البيان: وهذه الروايات شاذة لا تعرف في المذهب، ويريد الشيخ إلا أن يشترط المرتهن ذلك فيكون له، وسمع أصبغ ابن القاسم: لا بأس أن يشترط بيع المبيع، ويرتهن الدار أو العبد انتفاعه به لأجل معلوم كان أبعد من أجل الرهن أو قبله.

قال ابن رشد: هو كقوله في المدونة خلاف نص مالك جوازه في الربع والأصول دون الحيوان والثياب إذ لا يدري كيف يرجع ذلك إليه، واحتج ابن القاسم بجواز إجارة ذلك، وهو لا يدري كيف يرجع إليه، ولا حجة على مالك ؛ لأنه إنما كرهه للغرر كالرهن إذ لا يدري متى تكون القيمة بعد استعماله.

واختلف في رهن الجنين فمعروف قول مالك أنه ممنوع وأجازه ابن ميسر كذا نقله الشيخ أبو محمد ولم يحك ابن الجلاب إلا الجواز وعزاه ابن حارث لابن الماجشون والمعروف جواز رهن الثمر قبل بدو صلاحه.

ونقل ابن رشد عن ابن القاسم: أنه ممنوع ولم يذكره غيره إلا بالتخريج.

قال المازري: ورهن الثمرة التي لم تخلق كالجنين، وهو خلاف قول ابن حارث اتفق ابن القاسم، وابن الماجشون على ارتهان الثمرة التي لم تخلق.

واختلف في ارتهان ما في البطن فأجازه عبد الملك كالثمرة ومنعه ابن القاسم.

(والولد رهن مع الأمة الرهن تلده بعد الرهن):

ما ذكر مثله في المدونة قال فيها: من ارتهن أمة حاملا كان ما في بطنها وما تلد بعد ذلك رهنا معها، وكذلك نتاج الحيوان.

قال ابن رشد: لأنه كجزء منها، ونحوه للمازري في منع استثنائه واستشكل بعض التونسيين كونه كالجزء بأنه لو كان كذلك للزم من عتق الجنين عتق أمه كعتق يديها وليس كذلك.

وأجاب بعض شيوخنا بأن الجزء ملازم ومفارق فالملزوم للعتق الملازم لا المفارق، وفي الجلاب وفراخ النخل، والشجر رهن مع أصولها.

قال في المدونة: ولا يدخل إلا صوف كمل نباته يوم الرهن معها كلبن في ضروعها.

(ولا يكون مال العبد معه رهنا إلا بشرط، وما هلك بيد أمين فهو من الراهن):

ما ذكر مثله في المدونة، قال ابن حارث اتفاقًا، قال: واختلف فيما يستفيده بهبة أو شبهها.

قال ابن عبدوس عن ابن القاسم: لا يدخل إلا باشتراطه، وقاله أشهب، واحتج بالوصية ؛ لأنها لا تدخل في الأرباح إلا فيما لم يعلمه الموصي.

وقال يحيى بن عمر: تدخل وهي أشبه بالمبيع من الوصية. قال التونسي في الموازية: إذا اشترط مال العبد في الرهن لا يدخل ما أفاد فيه، وإلا شبه دخوله كشرط ماله إذا ابتيع على الخيار فما أفاد من مال في أيامه دخل فيه.

وفي المدونة فيمن كوتبت على خيار فما أفادت في أيامه فهو لسيدها، وهو فيها لغير ابن القاسم، والمعروف الأول.

وقال المازري: وقيل في الأرباح: إنها كالفائدة في الزكاة فأشار إلى تخريج الخلاف في ربح مال العبد.

(والعارية مؤداة يضمن ما يغاب عليه ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة إلا أن يتعدى):

العارية هي بتشديد الياء، قاله الجوهري. وقال ابن شاس، وابن الحاجب العارية تمليك منافع العين بغير عوض، واعترضه بعض شيوخنا بأنه غير جامع ؛ لأنه لا يتناولها إلا مصدرا والعرف إنما هو استعمالها اسما وهو الشيء المعار.

قال مالك في المدونة فيما تلف من عارية الحيوان عند من استعارها: لا ضمان عليه إلا أن يتعدى، وبأنه غير مانع ؛ لأنه يدخل عليه الحبس، وحدها بأن قال: هي مصدرًا: تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض فتدخل العمرى والإخدام لا الحبس واسما مالك ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض، وهي مندوب إليها من حيث الجملة ؛ لأنها إحسان والله يحب المحسنين ويعرض لها الوجوب كمن هو مستغن عنها لمن يخشى هلاكه والتحريم ككونها معينة على معصية والكراهة إذا أعين بها على مكروه والمباح إذا أعين بها غني.

واختلف في علف الدابة المعارة فقيل: على المعير، وقيل: على المستعير، قال ابن رشد في المقدمات: وأجرة حمل العارية على المستعير، واختلف في أجرة ردها فقيل: على المستعير وهو الأظهر وقيل: على المعير ؛ لأن العارية معروف فلا يكلفه أجرة بعد معروف صنعه.

وقبل الفاكهاني قول ابن الجلاب ومن استعار شيئًا إلى مدة معلومة فلا بأس أن يكريه من مثله، وفي المدونة: ولا بأس أن يعيره من مثله كما قال ابن هارون وابن عبد السلام، قول ابن شاس، وابن الحاجب المعير مالك للمنفعة غير محجور عليه فتصح من المستعير، والمستأجر، ويؤيد ما قالوه قول المدونة في الوصايا الثاني، وللرجل أن يؤاجر ما أوصى له به من سكنى دار أو خدمة عبد قال في الوصايا الأول إلا أن يريد رب العبد ناحية الكفالة والحضانة، وهو خلاف ما في الزاهي لابن شعبان من استعار دابة فلا يركبها غيره وإن كان مثله في الخفة والحال ومثله قول إجارة المدونة إن استأجرت ثوبًا تلبسه يومًا إلى الليل فلا تعطه غيرك ليلبسه لاختلاف الناس في اللباس والأمانة.

وكره مالك لمكتري الدابة لركوبها كراؤها من غيره، وإن كان أخف، وخرج ابن عبد السلام قوله في العارية، وما ذكر الشيخ أنه لا يضمن ما لا يغاب عليه، قال اللخمي: هو المشهور من قولي مالك وأصحابه وروى ابن شعبان: لا يصدق في ذهاب الحيوان حتى يعلم ذهابه، وقاله ابن القاسم في كتاب الشركة، ولا حاجة لتأويل بعضهم

إذا كان أحد قولي مالك، وقيل: لا يصدق فيما صغر فقط، وقد يرجح هذا فيما يراد منه الأكل دون غيره.

قلت: ونقل ابن يونس عن أشهب يضمن الحيوان ولو قامت بينة على هلاكه بغير سببه فيتحصل في المسألة أربعة أقوال.

(والمودع إن قال: رددت الوديعة إليك صدق إلا أن يكون قبضها بإشهاد):

قال ابن شاس، وابن الحاجب: الوديعة استنابة في حفظ المال، واعترض بعض شيوخنا ما ذكراه بأنه غير جامع؛ لأنه بقي عليهما إيداع الوثائق بذكر الحقوق وبأنه غير مانع لأنه يدخل فيه حفظ الإيصاء، والوكالة ؛ لأنها أزيد من الحفظ وحفظ الربع، وحدها بأن قال الوديعة بمعنى الإيداع نقل مجرد حفظ مالك بنقل، وهي مباحة، ويعرض لها الوجوب والتحريم، وأمثلتها واضحة.

وما ذكر الشيخ من أنه مصدق مثله في التهذيب، وظاهرهما بغير يمين وعزى للمدونة، وقيد الفاكهاني قول الشيخ فقال يريد، ويحلف كان متهما أم لا قاله عبد الحق.

وقال اللخمي: يحلف ولو كان مأمونا لدعوى ربها عليه التحقيق إلا أن تطول عليه المدة مما يعلم أن مثل المودع لا يستغني عنها لما يعلم من قلة ذات يده أو تمر عليه عشرة فتضعف اليمين إن كان المودع عدلا، ونقل ابن الحاجب قولاً بعدم حلفه فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال منصوصة، ومرض غير واحد من أشياخي ما نسب لابن الحاجب لعدم وقوفهم عليه لغيره.

وأجابهم شيخنا أبو مهدي رحمه الله بأنه ظاهر قول أبي محمد في مختصره في الوكالات في قوله، ويحلف إن كان متهما وظاهره إذا كان غير متهم لا يحلف، وما أجابهم به شيخنا صحيح ؛ لأن ظواهر كلام الفقهاء كالنصوص، ويريد الشيخ بقوله إذا قبضها بالإشهاد أن تكون البينة مقصودة التوثق، وبذلك قيد غير واحد المدونة كعبد الحق واللخمي.

ونقل ابن عات عن ابن زرب ما يقتضي أن البينة لا يشترط فيها ذلك بل يضمن مع وجودها مطلقًا، قال بعض شيوخنا: ولا أعرفه لغيره وقيل: لا يضمن والبينة كالعدم عزاه ابن شاس لابن القاسم نصًّا، ولم يذكره ابن رشد إلا تخريجا من قوله في دعوى المستأجر رد ما استأجره من العروض أنه يصدق ولو قبضه ببينة على تردد عنده في التخريج، وجعله ابن الحاجب المذهب وجعل ما يقوله غيره أنه المذهب، وأنه المشهور ثانيًا له ونصه وإذا ادعى الرد قبل مطلقًا، وقيل: ما لم تمكن بينة مقصودة

التوثق، وتعقبه ابن عبد السلام، بقوله: الثاني: هو مذهب المدونة، وأما الأول فشاذ على نظر في صحة نسبته إلى المذهب.

(وإن قال ذهبت فهو مصدق بكل حال):

ما ذكر الشيخ هو كذلك باتفاق، واختلف في حلفه على ثلاثة أقوال: فقيل: يلزمه قاله ابن نافع وعليه حمل الفاكهاني قول الشيخ، وقيل: لا يحلف نقله اللخمي، وقيل: إن كان متهما حلف وإلا فلا، نقله أبو محمد عن أصحاب مالك رحمه الله وبه فسر ابن يونس المدونة في قولها صدق وصرح ابن رشد بأنه المشهور.

قال: ولو حققت الدعوى توجهت اليمين باتفاق، وقال ابن الحاجب: فيها وفي التي قبلها: وأما المتهم فيحلف باتفاق وهو قصور لما تقدم من الخلاف قاله ابن عبد السلام، وتعقبه خليل.

قلت: وهو خلاف قوله في الزكاة فإن قال: قراض أو وديعة أو على دين أو لم يحل الحول صدق ولم يحلف فإن أشكل أمره فثالثها يحلف المتهم كأيمان التهم.

(والعارية: لا يصدق في هلاكها فيما يغاب عليه):

لا حاجة إلى هذا بعد قوله قبل، والعارية مؤداة، واختلف قول مالك لو قامت بينة فيما يغاب عليه فإنه لم يتعد وأخذ ابن القاسم بعدم الضمان وأشهب بعكسه، ولم يحفظهما ابن يونس وذكر ابن الحاجب قولين لهما وحكاهما ابن الجلاب روايتين.

(ومن تعدى على وديعة ضمنها):

ما ذكر هو كذلك باتفاق كما إذا أودعها لغير عذر، واختلف في مسائل يتردد النظر هل هو متعد فيها أم لا ؟ فمن ذلك إذا نزى على بقرة وشبهها فعطبت به أو ماتت من الولادة، فقال ابن القاسم في المدونة: يضمن، وقال أشهب: لا يضمن قائلاً: إنزاؤه عليها أرجح ؛ لأنه مصلحة، ولو ختن المودع علجا أسلم عنده، وهو يطيقه فمات فإنه ليس بمتعد اتفاقًا وسواء قلنا: الختان واجب أو سنة على ما تقدم قاله شيخنا أبو مهدي رحمه الله وكذلك اختلف إذا وضع الوديعة في جيبه فضاعت فهل يضمنها أم لا على قولين حكاهما ابن شعبان.

والذي أفتى به بعض شيوخنا: أنه لا يضمن قائلاً: لا ينبغي اليوم أن يختلف فيه ومن ذلك اختلف ابن القاسم، وأشهب، فيما إذا أودعها زوجته وخادمه المعتادة عنده لذلك فقال ابن القاسم: لا يضمن خلافًا لأشهب.

وأما عكسها، وهي إذا أودعت المرأة زوجها وديعة فضاعت فأظن أن عياضًا

حكى في مداركه فيها خلافًا لما عرف بأحمد بن صالح الفهري عرف بابن الطبري من أصحاب ابن وهب فانظره فإنه قد تعذر علي الآن، وفي المعنى لا فرق وهذا الفصل متسع جدًّا.

(وإن كانت دنانير فردها في صرتها ثم هلكت فقد اختلف في تضمينه):

اعلم أنه اختلف المذهب في المسألة على أربعة أقوال فقال مالك وابن القاسم في المدونة، ومحمد: لا يضمن، وبه قال أشهب، وعبد الحكم، وأصبغ وهو المشهور، وقيل: يضمن رواه يحيى بن عمر عن مالك، وهو قول المدنيين.

وقال ابن الماجشون: وإن كانت مربوطة أو مختومة لم يبرأ إلا بردها إلى ربها وكذلك إن كان سلف بعضها ضمن جميعها، ولو أشهد على إخراجها من ذمته لم يبرأ إلا بردها لربها، والجميع ذكره اللخمي إلا أنه لم يعز إلا الثلاث الأول فقط، وقيل: إن ردها كما كانت بإشهاد برئ قاله مالك، وأخذ به ابن وهب وعلى الأول فاختلف في اليمين فقيل: لا يحلف، وهو ظاهر المدونة قاله الباجي، وأشار أبو محمد إليه بقوله لم يذكر في المدونة يمينا، وقيل: يحلف قاله ابن المواز، وابن الماجشون في المبسوط.

وقيل: إن تسلفها بغير بينة فالأول وإلا لم يصدق إلا ببينة قاله في الموازية، ولم يعزه اللخمي بل ذكره اختيارًا له وقيل: إلا أن يكون إشهاده لخوف موته حفظ الحق المودع فيبرأ، وإن لم يشهد على ردها.

قال ابن شعبان: من أودع وديعة وقال له: تسلف منها إن شئت فتسلف لم يبرأ بردها إلا إلى ربها.

وقال ابن رشد، واللخمي: لا يختلف فيه ؛ لأن السلف من ربها وهذا التوجيه الذي ذكرناه ذكره الباجي أيضًا وقال عندي إنه يبرأ بردها.

(ومن اتجر بوديعة فذلك مكروه والربح له إن كانت عينا):

ذكره التجر طردي، وإنما المراد تسلفها، وما ذكر من الكراهة، هو أحد الأقوال الستة، وبه قال مالك في سماع أشهب، وعليه يحمل منع مالك في كتاب اللقطة من المدونة، وقيل: إنه جائز إن أشهد قاله في سماع أشهب ثانيًا.

وقيل: إن كانت مربوطة أو مختومة لم يجز قاله عبد الملك، ولما ذكر اللخمي هذه الأقوال الثلاثة قال: وأرى إن علم عدم كراهته المودع لذلك جاز، وإن علم كراهته لم يجز، وإن أشكل أمره كره.

قلت: وسمع أشهب ترك تسلفها أحب إليّ فجعله بعض شيوخنا خامسًا بناء على

أن نقيض المستحب ليس بمكروه ونص ما في لقطة المدونة، ولا يتجر باللقطة في السنة ولا بعد السنة أيضًا كالوديعة فأخذ بعضهم منها التحريم، وقبله الفاكهاني فيكون سادسها.

والصواب: حملها على الكراهة كما صرح بها في أواخر كتاب الوديعة، ولم يذكر ابن الحاجب غير المدونة الكراهة والجواز فقال: وإن كان له وفاء وهي نقد فجائز إن أشهد، وقيل مكروه فقدم الجواز مع أن الثاني هو مذهب، وأما سلف المبضع معه فإنه جائز ذكره ابن يونس في الوكالة وأجرى بعض من لقيناه من القرويين فيه ما في الوديعة وكنت أجيبه بأنه فرق بين من لم يؤذن له في التصرف البتة، وبين من أذن له فيه على وجه ما فالأول: أشد والثاني: أخف فلم يقبله.

وما ذكرناه من الخلاف في تسلف الوديعة إنما هو في غير الفقير، وأما فيه فلا يجوز قاله اللخمي قائلاً: وليس له تسلفها إن كانت مما يقضى فيه بالقيمة، وكذلك المكيل والموزون إذا كثر اختلافه، كالكتان. واختلف في تسلف القمح والشعير وشبهه، فقال في المدونة: إن تسلفها ثم رد مثلها لم يضمنها، وقال عبد الملك: إن خلطها بمثلها ضمن.

وقال الباجي: حكى عبد الوهاب هذا في كل مكيل أو موزون.

قلت: وذكر ابن الحاجب القولين منصوصين، واعترضه ابن عبد السلام بأن وجودها غريب بل هما مخرجان على أن التخريج الأول لا يسلم من اعتراض ؛ لأنه لا يلزم من عدم ضمانه جوازه وأجابه بعض شيوخنا بوجودهما في كلام ابن الحاجب في قوله وفي اتفاق الوديعة بغير إذن ربها روايتان: الكراهة، والإجازة قال: فإن قلت: لفظ الإنفاق يدل على أنها عين والكلام إنما هو في الطعام، ونحوه.

قلت: ليس كذلك لحمل أبي محمد وابن رشد سماع أشهب من استنفق طعامًا أودعه غرم مبلغه على ظاهره.

(وإن باع الوديعة، وهي عرض فربها مخير بين أخذ الثمن أو القيمة يوم التعدي):

قال الفاكهاني: أنظر هل تكون له أجرة في بيع للعرض والعرض هنا ما عدا العين والاشتراء به أو لا شيء له، وهو الظاهر من إطلاقهم فإني لم أر فيه نصًا.

(ومن وجد لقطة فليعرفها سنة بموضع يرجو التعريف بها) [1]:

---

(١) العبد يلتقط اللقطة يستهلكها قبل السنة أو بعد السنة قلت: أرأيت العبد إذا التقط اللقطة فأكلها أو تصدق بها قبل السنة أيكون ذلك في ذمته أم في رقبته؟ قال: قال مالك: إذا استهلكها =

قال ابن الحاجب: اللقطة كل مال معصوم معرض للضياع في عامر أو غامر.

قال ابن عبد السلام تبع في ذلك ابن شاس، وقد تبع هو في ذلك الغزالي كعادته

=

قبل السنة فهي في رقبته لا في ذمته قلت: فإن استهلكها بعد السنة؟ قال: قال مالك: إذا استهلكها بعد السنة فهي في ذمته قلت: لم قال مالك إذا استهلكها بعد السنة فهي في ذمته وهو لا يرى أن يأكلها؟ قال: للذي جاء فيها من الاختلاف لأنه قد جاء فيها يعرفها سنة فإن لم يجئ صاحبي فشأنه بها فلذلك جعلها في ذمته بعد السنة قلت: هل سمعت مالكًا يقول في اللقطة أين تعرف؟ وفي أي المواضع تعرف؟ قال: ما سمعت من مالك فيها شيئًا ولكني أرى أن تعرف في المواضع التي التقطت فيها أو حيث يظن أن صاحبها هناك وحديث عمر بن الخطاب أنه قال له رجل: إني نزلت منزل قوم بطريق الشام فوجدت صرة فيها ثمانون دينارا فذكرتها لعمر بن الخطاب فقال عمر: عرفها على أبواب المساجد واذكرها لمن يقدم من الشام سنة فإذا مضت سنة فشأنك بها فقد قال له عمر: عرفها على أبواب المساجد فأرى أن يعرف اللقطة من التقطها على أبواب المساجد وفي موضعها أو حيث يظن أن صاحبها هناك.

قلت: أرأيت ما أصيب من أموال أهل الجاهلية لقطة على وجه الأرض يعلم أنه من أموال أهل الجاهلية أيخمس؟ أم يكون فيه الزكاة في قول مالك؟ قال: يخمس وإنما الزكاة في المعادن في قول مالك وما أصيب في المعادن بغير كبير عمل مثل الندرة وما أشبهها فذلك بمنزلة الركاز فيه الخمس قلت: أرأيت دفن الجاهلية ما نيل منه بعمل ومؤنة؟ قال: فيه - في قول مالك - الخمس والركاز كله فيه - في قول مالك - الخمس ما نيل منه بعمل وما نيل بغير عمل قال: ولقد سئل مالك عن تراب على ساحل البحر يغسل فيوجد فيه الذهب والفضة وربما أصابوا فيه تماثيل الذهب والفضة؟ قال مالك: أما التماثيل ففيها الخمس وأما تراب الذهب والفضة الذي يخرج من ذلك التراب ففيه الزكاة وهو بمنزلة تراب المعادن.

قلت: أرأيت إن التقطت لقطة فأتى رجل فوصف عفاصها ووكاءها وعدتها أيلزمني أن أدفعها إليه في قول مالك أم لا؟ قال: لم أسمع من مالك فيها شيئًا ولا أشك أن هذا وجه الشأن فيها وتدفع إليه قلت: أرأيت إن جاء آخر بعد ذلك فوصف لي مثل ما وصف الأول أو جاء فأقام البينة على أن تلك اللقطة كانت له أيضمن الذي التقط تلك اللقطة وقد دفعها إلى من ذهب بها؟ قال: لا لأنه قد دفعها بأمر كان ذلك وجه الدفع فيها وكذلك جاء في الحديث: [اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها فإن جاء طالبها أخذها] ألا ترى أنه إنما قيل له اعرف العفاص والوكاء أي حتى إذا جاء طالبها ادفعها إليه وإلا فلماذا قيل له اعرف العفاص والوكاء ! قلت: وترى أن يجبره السلطان على أن يدفعها إليه إذا اعترفها هذا ووصف صفاتها وعفاصها ووكاءها؟ قال: نعم أرى أن يجبره وقاله أشهب وزاد عليه اليمين فإن أبى عن اليمين فلا شيء له. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/٤٥٥).

في كشقير وهي بسكون القاف وفتحها.

قلت: وقال بعض شيوخنا: اللقطة مال وجد بغير حرز محترم ليس حيوانا ناطقًا ولا نعما فيخرج الركاز وما بأرض الحرب، وتدخل الدجاجة وحمام الدور إلا السمكة تقع في سفينة هي لمن وقعت إليه قاله ابن عات عن ابن شعبان والأظهر في السمكة إن كانت في موضع بحيث لو لم يأخذها من سقطت إليها لنجت بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها من ماء البحر فهي كما قال ابن شعبان في زاهيه: وإلا فهي لرب السفينة كقول المدونة فيمن طرد صيدا حتى دخل دار قوم إن اضطره إليها فهو له، وإن لم يضطره، وبعد عنه فهو لرب الدار.

واعلم أن واجد اللقطة على ثلاثة أقسام: تارة يعلم من نفسه الخيانة فهذا يحرم عليه التقاطها لأن ذلك مستلزم لإتلاف المال المعصوم وتارة يخاف على نفسه الخيانة فهذا يكره له التقاطها ولا يحرم، وتارة يعلم من نفسه الأمانة فإن كانت في مكان يخاف عليها من أهل الخيانة فهذا يجب عليه التقاطها باتفاق، وإن لم يخف عليها الخيانة ففي ذلك ثلاثة أقوال: الاستحباب والكراهة، والاستحباب فيما له بال، وكلها لمالك.

وفي المدونة مع سماع ابن القاسم من التقط ثوبًا يظنه لقوم يراهم فسألهم فقالوا له: ليس لنا فرده حيث وجده لا بأس به.

قال ابن القاسم: إن كانت عينا فأخذه أحب إلي فجعل بعض شيوخنا قول ابن القاسم رابعًا، وهو الفرق بين العين وغيرها، وتأوله ابن رشد فقال: معناه لا ضمان عليه إن فعل والاختيار أن لا يفعل كقوله في الثوب إذ لا فرق بينهما وبين الثوب ورده شيخنا بوضوح خفة الحفظ في العين دون الثوب ولما يلزم من تفقده.

وقال ابن عبد السلام: الأظهر إن كان مع القدرة على الحفظ أن يجب الالتقاط ولا يعد علمه بخيانة نفسه مانعا وأحرى خوفه ذلك؛ لأنه يجب عليه ترك الخيانة والحفظ للمال المعصوم وقصارى الأمر أن من يأمن على نفسه الخيانة فقد توجه عليه الخطاب بالحفظ وحده ومن يخاف على نفسه الخيانة وجب عليه أمران: الحفظ وترك الخيانة، وبعد تسليم هذا فالأظهر من الأقوال الثلاثة الاستحباب أو الوجوب لو قيل به لوجوب إعانة المسلمين عند الحاجة والقدرة على الإعانة.

وما ذكر الشيخ أنه يعرف بها بموضع يرجو التعريف بها هو كذلك ؛ لأن ذلك مظنة لوجود صاحبها، ويريد في غير المسجد ولكن على بابه.

قال في المدونة: ويعرف بها على أبواب المساجد مع أنه أجاز في المدونة الحكومة في المسجد وهي مظنة لرفع الصوت فيه وكأنه رآه من باب المذاكرة في العلم فاستخفه أو لقلة الحكومة في زمانهم قاله المغربي.

وقال ابن الحاجب: يعرف بها في الجوامع والمساجد، وغيرها.

قال ابن عبد السلام: لعل ذلك مع حفظ الصوت، وما في المدونة أولى ويريد الشيخ أيضًا، ويكون تعريفه بها فورا بحيث لو توانى بها وضاعت ثم جاء صاحبها فإنه يضمن وهو كذلك على تفصيل فيه ذكره اللخمي، وظاهر كلامه أنه يعرف بنفسه، وهو كذلك إلا أن يكون مثله لا يعرف فيستأجر منها ؛ لأن ذلك مصلحة لربها قاله ابن شاس، وتبعه ابن الحاجب.

وظاهر لفظ اللخمي أجاز ابن شعبان أن يستأجر عليها منها أنه لو كان ممن يلي ذلك لم يلزمه.

(فإن تمت سنة ولم يأت لها أحد فإن شاء حبسها وإن شاء تصدق بها وضمنها لربها إن جاء وإن انتفع بها ضمنها، وإن هلكت قبل السنة أو بعدها بغير تحريك لم يضمنها):

اعلم أن هذه إحدى مسائل السنة، وكذلك الشفعة والمعترض والمجنون والأجذم والأبرص، وعدة المستحاضة والمرتابة والمريضة والجرح، ولا يحكم فيه إلا بعد سنة والبكر تقيم عند زوجها سنة، ولم يصبها ثم تطلق فإنها لا تجبر واليتيمة تمكث في بيتها سنة فإنها تحمل على الرشد في قول والذي يوصي بشراء عبد ليعتق وأبى أهله البيع فإنه يستأني سنة، والتي تقيم شاهد الطلاق، ويأبى زوجها أن يحلف فإنه يحبس سنة في قول.

والهبة إن حاز الموهوب الهبة سنة صح الحوز فيها وإن رجعت إلى الواهب على المشهور والزكاة والصوم لا يجبان إلا بعد السنة، والعمرة لا يباح فعلها على المشهور في السنة إلا مرة واحدة وعهدة السنة، والشاهد إذا تاب من فسقه قيل: لا بد من مضي السنة، وقيل: ستة أشهر.

وقيل: لا حد لذلك وكل هذه النظائر ذكرها الشيخ خليل وأكثرها في نظائر أبي عمران الصنهاجي، وظاهر كلام الشيخ أن السنة كافية، ولو كانت لقطة مكة، وهو كذلك لم يحك المازري عن المذهب غيره، ومثله وعزاه عياض لمالك، وأصحابه.

وقيل: يعرف بها أبدًا لقوله ﷺ: **«لا تحل ساقطته إلا لمنشد[1]»** قاله الباجي،

---

(١) رواه البخاري (١/٥٣)، ومسلم (٢/٩٨٦).

وابن رشد عن المذهب ولفظ ابن رشد أقوى ونصه في المقدمات لقطة مكة لا يحل استنفاقها بإجماع، وعليه أن يعرف بها أبدًا وبها أيضًا قال اللخمي، وابن العربي في القبس بعد أن ذكر اللخمي القول الأول عن ابن القصار، وكذلك ابن العربي، وإنما اختار ما ذكره بعد أن ذكر الأول مالك قال: وتكلم علماؤنا في الاحتجاج لمالك والانفصال عن الحديث، ولا أرى مخالفة الحديث ولا تأويل ما لا يقبل.

وأجابه بعض شيوخنا بقاعدة مالك في تقديمه العمل على الحديث الصحيح حسبما ذكره ابن يونس في كتاب الأقضية، ودل عليه استقراء المذهب.

قال: وقول المازري: محمل الحديث على أصلنا على المبالغة في التعريف ؛ لأن ربها يرجع لبلده وقد لا يعود إلا بعد أعوام حجة عليه لا له، وظاهر كلامه وإن كانت يسيرة أنها كالكثيرة ولا بد من سنة وهو كذلك على ظاهر قول مالك في المدونة.

وقيل: يعرف بها أيامًا فقط قاله ابن وهب، وابن القاسم في المدونة والقولان حكاهما ابن رشد في المقدمات، وذلك مثل الدريهمات مما جرت العادة أن ربها يسمح بها.

وأما التافه فلا يعرف به وظاهر كلام التسوية بين حبسها وصدقتها ومثله في ابن الجلاب، وزاد ويتملكها وليس في كلام الشيخ خلاف.

وقال اللخمي: اختلف في صفة تصرفه فيها على أربعة أقوال: فقيل: إنه مخير في إنفاقها والصدقة ويخير صاحبها في تضمينه وهو قول مالك: لا أحب أن يأكلها مع قول ابن القصار، ويكره أكلها، وقيل: يجوز استمتاعه بها غنيا كان أو فقيرا، ويضمنها لربها، وهو مقتضى قول ابن القاسم في المدونة، وقيل: مثله إن كان غنيا بمثلها قاله أشهب، وابن شعبان، وقيل: مثله إن قلت وكان فقيرا قاله ابن وهب في العتبية، وذكر ابن رشد مثل ما ذكر اللخمي من الأربعة الأقوال إلا أنه عزا قول ابن القاسم للشافعي لا لأحد من أهل المذهب.

وقال ابن العربي: لم أجد لأحد من المسلمين خلافًا في ضمان مستنفقها لربها، وأجابه بعض شيوخنا بأن في معلم المازري اختلف الناس في غرامة ملتقطها إنْ أكلها جاء ربها فعندنا يغرمها، وقال داود: لا غرامة عليه.

(وإذا عرف طالبها العفاص والوكاء أخذها):

قيل: العفاص: هو وعاء الدراهم، والوكاء ما يشد به وهذا هو المعلوم في اللغة، وعليه أكثر الفقهاء، وقيل: بالعكس عزاه الباجي لأشهب، وعزا الأول لابن القاسم وهو

واضح لقوله ﷺ: «اعرف عددها ووكاءها ووعاءها»[1] فجعل بدل العفاص الوعاء.

وظاهر كلام الشيخ أن الدنانير والدراهم لا يشترط معرفة عددها، وهو كذلك عند أصبغ واعتبر ذلك ابن القاسم وأشهب كذا عزاهما الباجي.

وعزا اللخمي الثاني كما ذكر والأول للمدونة.

قال بعض شيوخنا: وفيه نظر؛ لأن فيها يلزم دفعها لمن وصف عفاصها، ووكاءها وعددها قال: لم أسمع من مالك فيها شيئًا، ولا شك أن وجه الشأن أن تدفع إليه فظاهر هذا اعتبار العدد، وعلى هذا اللفظ اختصرها البراذعي، وفيها بعد ذلك أن دفعها لمن وصف عفاصها، ووكاءها وعددها ثم جاء آخر فوصف مثل ما وصف الأول وأقام بينة أن تلك اللقطة كانت له لم يضمنها له لأنه قد دفعها بأمر كان وجه الدفع فيه كذا جاء في الحديث «اعرف عفاصها ووكاءها»[2].

فظاهر هذا مثل ما قال اللخمي قال: وفي اقتصاره على هذا دون الأول نظر، وكذلك بالنسبة إلى البراذعي لكونه اقتصر على الأول فقط، وظاهر كلام الشيخ، أنه لا يفتقر إلى اليمين كما هو ظاهر المدونة، وهو المشهور.

وقال أشهب: لا بد من اليمين وسبب الخلاف هل العرف يتنزل منزلة الشاهدين أو الشاهد الواحد، ولهذه المسألة نظائر كتصديق الزوجة في المسيس بإرخاء الستر عليها في خلوة الاهتداء، وكالقمط والعقود في الحائط، وكالحكم لأحد الزوجين بما يصلح ما في اختلافهما في متاع البيت، وتصديق المغصوبة إذا جاءت مستغيثة عند النازلة أو جاءت تدمي وتصديق أحد المتداعيين مع الحوز وتصديق المرتهن في مبلغ قيمة الرهن.

وذكر المغربي في إرخاء الستور عوض هذه النظيرة تصدق الراهن في دفع الدين إذا قبض الرهن، ولا أعرفها منصوصة لغيره وكأنها مناقضة لما نص عليه ابن الهندي، وقبله هو وغيره فيما إذا وجدت الوثيقة بيد المديان ويقول ما قبضتها حتى دفعت ما علي فإنه لا يقبل منه ويؤخذ بالحق؛ لأن من حجة رب الدين أن يقول سقطت لي أو سرقت إلا أن يقال: إن الاحتفاظ على الرهن أشد.

وقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله: أعرفها منصوصة لغيره، ومحملها عندي على ما إذا أقر المرتهن إنه إذا دفع الرهن، وأما إذا خالف وقال: لم أدفعه فإن القول قوله

---

(١) رواه أبو داود (١٣٤/٢).

(٢) رواه البخاري (٨٣٦/٢)، ومسلم (١٣٤٧/٣).

كمسألة الوثيقة.

قال المازري في المعلم: ولو جهل عين المسروق منه فكاللقطة يأخذ السرقة ويصفها بما تؤخذ به اللقطة قاله أصحابنا.

واختلف في جهل المودع فقيل: كذلك وقيل: لأنه قادر على دفعها ببينة ؛ لأنه مختار.

واعلم أنه إذا وصفها اثنان بما يأخذها به المنفرد تحالفا وقسمت بينهما فإن نكل أحدهما أخذها الحالف قاله الباجي زاد اللخمي عن أشهب إن نكلا لم تدفع إليهما قال: وأرى أن يقتسماها.

قلت: قال بعض شيوخنا، وهو الجاري على قول ابن القاسم بعدم وقف أخذها بالصفة على اليمين قال اللخمي: وإن أخذها بالصفة ثم أتى آخر فوصفها بمثل وصف الأول قبل أن يتبين ويظهر أمرها قسمت بينهما على الصحيح من القولين فظاهره أن في ذلك خلافًا.

وقال ابن يونس: تقسم بينهما على قول ابن القاسم وعلى قول أشهب تكون للأول.

(ولا يأخذ الرجل ضالة الإبل من الصحراء) [١]:

---

(١) في لقطة الإبل والبقر والدواب قلت: أرأيت البقر أهي بمنزلة الغنم في قول مالك؟ قال: أما إذا كانت بموضع يخاف عليها فنعم وإن كانت بموضع لا يخاف عليها السباع ولا الذئاب فهي بمنزلة الإبل قلت: وما قول مالك في الإبل إذا وجدها الرجل ضالة في فلوات الأرض؟ قال: إذا أخذها عرفها وإن أراد أكلها فليس له ولا يعرض لها قال مالك: وإن أخذها فعرفها ولم يجد صاحبها فليخلها بالموضع الذي وجدها فيه قلت: أرأيت الخيل والبغال والحمير أهي بمنزلة الإبل؟ قال: الخيل والبغال والحمير لا تؤكل قلت: فإن التقطها؟ قال: يعرفها فإن جاء ربها ردها قلت: فإن عرفها سنة فلم يجئ ربها؟ قال: أرى أن يتصدق بها قال: ولم أسمعه من مالك قلت: فإن جاء ربها وقد أنفق على هذه الدواب أيكون عليه نفقتها؟ قال: قال مالك: نعم على صاحبها ما أنفق هذا عليها ولا يأخذها حتى يعطيه ما أنفق عليها وقال مالك في الإبل إذا اعترفها ربها وقد كان أسلمها وقد أنفق عليها: إن له ما أنفق عليها إن أراد صاحبها أن يأخذها وإن أراد أن يسلمها فليس عليه شيء قلت: وكذلك الغنم والبقر إذا التقطها في فلوات الأرض أو في غير فلوات فأنفق عليها فاعترفها ربها أيكون له نفقته التي أنفق عليها في قول مالك؟ قال: قال مالك في المتاع يلتقطه الرجل فيحمله إلى موضع من المواضع ليعرفه فيعرفه ربه قال مالك: هو لصاحبه ويدفع إلى هذا الكراء الذي حمله فكذلك الغنم والبقر إذا التقطها رجل فأنفق عليها ثم أتى ربها فإنه يغرم ما أنفق عليها الملتقط إلا أن يشاء ربها أن يسلمها قلت: أرأيت ما أنفق هذا الملتقط على هذه الأشياء التي التقطها بغير أمر السلطان =

ظاهر كلام الشيخ: وإن كانت بموضع لا يؤمن عليها من السباع وهو كذلك في أحد القولين، وظاهر كلامه أيضًا أنه يلتقطها إذا وجدها في غير الصحراء، وهو واضح؛ لأن وجود ربها في غير الصحراء أسهل فليلتقطها ليحفظها له حتى يجدها عن قرب بخلاف ما إذا وجدها في الصحراء فلا يتأتى له معرفة ربها إذا نقلها إلى العمارة.

واختلف هل يلحق البقر والخيل والبغال والحمير بالإبل أم لا؟ على ثلاثة أقوال: ثالثها لابن القاسم تلحق البقر دونها وهذه الأقوال حكاها ابن الحاجب.

قال ابن عبد السلام: وإنما تتصور الأقوال الثلاثة على نوع من التخريج.

(وله أخذ الشاة وأكلها إن كانت بفيفاء لا عمارة فيها):

ظاهر كلام الشيخ ولا ضمان عليه إن جاء صاحبها، وهو كذلك قاله مالك.

قال ابن عبد البر، وقال سحنون في العتبية: إذا أكل الشاة واجدها بالفلاة أو تصدق بها ثم جاء صاحبها ضمنها له، وهو الصحيح، وقد قال مالك: من اضطر إلى طعام غيره، وأكله فإنه يضمنه فالشاة الملتقطة أولى بذلك ورأوا أن قوله صلى الله عليه وسلم: «**هي لك أو لأخيك أو للذئب**» ليس بتمليك لقوله أو للذئب.

قالوا: وقد جاء: «**هي لك أو لأخيك أو للذئب فاردد على أخيك ضالته**»[1] قيل: وإنما قوله هي لك مثل قوله في اللقطة فشأنك بها.

قلت: وما نقله عن العتبية قبله ابن عبد السلام: وقال بعض شيوخنا هو وهم وليس في العتبية شيء من ذلك، وإنما لسحنون فيها ضمانه فيما يجب عليه فيه التعريف.

قال فيها عنه: من اختلطت بغنمه شاة ولم يجد ربها كانت لقطة يتصدق بها ويضمنها لربها وشرب لبنها خفيف؛ لأنه يرعاها ويتفقدها فهذا هو الموجود فيها لا ما تقدم، وإذا فرعنا على الأول فإذا ذبحها في الفلاة ثم أتى بلحمها أكله غنيا كان أو فقيرا.

قال أصبغ: ويصير لحمها وجلدها مالا من ماله، ولا ضمان عليه في ذلك إلا أن يجده صاحبها في يده فيكون أحق به.

=

أيكون ذلك على رب هذه الأشياء إن أراد أخذها في قول مالك؟ قال: نعم إن أراد ربها أخذها لم يكن له أن يأخذها حتى يغرم لهذا ما أنفق عليها بأمر السلطان أو بغير أمر السلطان. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/٤٥٧).

(١) رواه البخاري (١/٤٦)، ومسلم (٣/١٣٤٧).

قال اللخمي: يريد ويغرم أجر نقلها.

قلت: قال بعض شيوخنا: وفيه نظر ؛ لأنه نقلها لنفسه، وإن أتى بالشاة من الفلاة إلى العمارة فلها حكم اللقطة فإن أتى ربها أخذها قاله أصبغ أيضًا، وقال اللخمي: والقياس لا شيء فيها لربها ؛ لأنه نقلها بعد أن ساغ له ملكها ولولا ذلك لما نقلها، وأجابه بعض شيوخنا بأن المملوك له منها الانتفاع بها لا ملكها.

وقال ابن رشد: تعقب التونسي قول أصبغ إذا قدم بها مذبوحة، وقال: الأصوب عدم أكله إياها، وإن يبيعها، ويوقف ثمنها ؛ لأن الإباحة إنما كانت حيث لا ثمن لها، وهو صحيح، فيتحصل من هذا ثلاثة أقوال: قول أصبغ، وقول سحنون وقول التونسي.

وأما إذا وجد ما يفسد كالطعام وكان كثيرًا فلا يخلو إما أن يكون مما لا يخشى تلفه كوجوده في رفقة مأمونة أو قرية أم لا ؟ فالأول: إن أكله أو تصدق به، واختلف في ضمانه له على ثلاثة أقوال: فقيل: إنه يضمنه أكله أو تصدق به وهو ظاهر قول أشهب يبيعه، ويعرف بثمنه وقيل: بعكسه، وهو ظاهر المدونة وقيل: إن أكله ضمنه، وإن تصدق به لم يضمنه قاله ابن حبيب.

وأما الثاني فيجوز له أكله ولا شيء عليه وهذه طريقة ابن رشد في المقدمات وما ذكر اللخمي الثلاثة في التافه وغيره وعزاه الأول كما تقدم والثاني لمالك والثالث لمطرف قال: وأرى فيما لا يطلبه ربه غالبًا لقلته لا شيء فيه إذا أكله أو تصدق به، وأما ما الغالب طلبه فعلى واجده حفظه لبقائه على ملك ربه فذكر كما ترى الأقوال في الكثير واليسير.

(ومن استهلك عرضًا فعليه قيمته):

ما ذكر أن العرض تلزمه فيه القيمة هو المشهور، وحكى الباجي عن مالك قوله بأن جميع المتلفات مثلية كقول أبي حنيفة والشافعي.

قال المازري: كذا في نسخ المنتقى وأراه وهما.

قلت: وحكاه عنه ابن زرقون، ولم يتعقبه، ولا نقل كلام المازري، مع أنه نقل عنه في غير موضع.

(وكل ما يوزن أو يكال فعليه مثله):

ظاهر كلام الشيخ أن من استهلك غزلا فعليه مثله، وهو كذلك عند غير ابن القاسم، وهو أشبه.

وقال ابن القاسم: تلزمه قيمته وكلاهما في المدونة وهي أول مسألة من كتاب تضمين الصناع.

فإن قلت: وهل حكم سلف الغزل يتنزل منزلة استهلاكه فيختلف فيه أم لا ؟ قلت: ليس كذلك بل نقل ابن يونس في أوائل الجعل والإجارة عن البراذعي وعن محمد بن أبي زيد أنه يرد مثله، وسألت شيخنا أبا مهدي: هل تحفظ خلافه ؟ قال: لا، وهو صواب؛ لأنه فرق بين السلف والاستهلاك، وكذلك اختلف ابن القاسم، وأشهب فيمن استهلك حليا إلا أن قول أشهب ليس هو في المدونة، وإنما نقله ابن يونس والأصل قول أشهب ولذلك قال بعض شيوخ الفاكهاني: الأصل أن يحكم في ذوات الأمثال بالمثل إلا في أربع مسائل: الأولى: مسألة الغزل.

الثانية: من فدى أسيرًا بدار الحرب بقنطار قطن مثلاً فإنه يأخذ قيمته ببلد الإسلام ؛ لأنه لو أخذ القطن ربما أضر بالمفتدى.

الثالثة: إذا وهب لغيره هبة ثواب مما يكال أو يوزن فيفوت فعليه قيمته، وهل له أن يعطيه مثله؟ فقال ابن القاسم: ليس له ذلك خلافًا لأشهب.

الرابعة: إذا كان لشريكين على رجل قنطار كتان مثلاً فاقتضى أحدهما منه نصفه فدخل معه شريكه فيما اقتضى، وقلنا: إنه يرجع الآخر بالنصف الثاني، فقبضه منه فعليه أن يعطيه قيمة نصفه لشريكه.

وأما من قال: يرجعان جميعا فلا تخرج هذه المسألة عن الأصل.

وزاد الفاكهاني مسألة خامسة: وهي من اشترى صبرة جزافا فأتلفها البائع أو غيره فإنما فيها القيمة لا المثل ذكر ذلك عند تكلمه على كلام الشيخ، وكل بيع فاسد فضمانه من البائع.

ومسألة الحلي السابقة سادسة: وظاهر كلام غير واحد أن المعدود من ذوات القيم بالإطلاق.

وقال ابن رشد: المعدود الذي لا تختلف أعيان عدده كالجوز والبيض مثلي، قلت: وأما اللؤلؤ الصغير القدر جدًّا الذي لا يباع إلا وزنا فهو مثلي أيضًا بخلاف ما فوقه فإنه من ذوات القيم لكمال تباين آحاده، ولذلك قال في المكاتب لا تجوز الكتابة على لؤلؤ غير موصوف لتقارب الإحاطة بصفته يريد بصفة الوسط منه قاله بعض شيوخنا.

(والغاصب ضامن لما غصب)(١):

قال ابن الحاجب مختصرا لكلام ابن شاس: الغصب أخذ المال عدوانا قهرًا من غير حرابة فأخرج بالعدوان ما أخذ قهرا لا عدوانا كأخذ الإمام الزكاة من الممتنع وتعقب بوجهين:

أحدهما: أن فيه التركيب وهو وقف معرفة على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه، ولا أخص من أعمه.

الثاني: بأنه غير مانع لأنه يدخل عليه فيه المنافع كسكنى ربع وحرثه، وليس غصبًا بل تعديا، وهو لبعض شيوخنا وحده بأن قال: الغصب أخذ مال غير منفعة ظلما قهرا لا لخوف قتال فيخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه ؛ لأنه بموت مالكه وحرابه، ومعرفة حرمة الغصب في الدين ضرورة؛ لأن حفظ الأموال أحد الكليات التي اجتمعت الملل عليها.

قال ابن رشد في مقدماته، ومثله لابن شعبان، وغيره: ويؤدب فاعله سواء عفا عنه المغصوب منه أم لا !! لئلا يتجرأ على الناس، وما ذكروه هو خلاف نقل المتيطي لا يؤدب إن عفا عنه المغصوب منه فجعل الحق فيه للآدمي، وإن كان الغاصب صغيرا لم يبلغ فقيل: يسقط أدبه لرفع الإثم عنه.

وقيل: إنه يؤدب كتأديبه في المكتب وكلاهما حكاه ابن رشد في مقدماته، وغيره ولم يحك ابن الحاجب غير الثاني، ولم يتحقق ابن عبد السلام وجود الأول بل قال: أظن أني وقفت عليه لبعض الشيوخ.

قال ابن شعبان: والغصب بين الزوجين وبين الوالد، وولده ثابت لا بد من أدبه، وفي اغتصاب الوالد من ولده خلاف، وبهذا أقول: وظاهر كلام الشيخ أن الغاصب يضمن وإن كان صبيا مميزا وهو كذلك باتفاق.

وأما غصب الصغير الغير المميز فقيل: كذلك وقيل، لا، كذلك الخلاف في الدم وجمع ابن الحاجب بينهما فذكر ثلاثة أقوال فقال: وأما غير المميز فقيل: المال في ماله

---

(١) قال الفاسي: الجوهري الغصب أخذ الشيء ظلما ابن الحاجب أخذ المال ظلما قهرا عدوانا من غير حرابة (ع) الغصب أخذ مال غير منفعة ظلما قهر لا بخوف قتال فتخرج الغيلة والحرابة والتعدي وقوله وإن تغير في يده يعني تغيرت ذاته ولو تغير سوقه لنقص فليس كذلك على المشهور وقال ابن عبدوس روى ابن وهب عن مالك يضمن بحوالة الأسواق وذكر ابن حارث من الغصب أخذ مال قهرا تعديا لا حرابة.

والدية على عاقلته، وقيل: المال هدر كالمجنون، وقيل: كلاهما هدر، واعترضه ابن عبد السلام بأن هذه الطريقة، وإن كانت حسنة في الفقه لكن الروايات لا تساعدها، وإنما تعرضوا للتحديد في هذه المسألة بالسنين فقيل: ابن سنتين، وقيل: ابن سنة ونصف إلى غير ذلك.

وأجابه بعض شيوخنا بأنها تساعده، قال ابن رشد في ثاني مسألة في رسم العتق من سماع عيسى من الجنايات: لا خلاف أن الصبي الذي لا يعقل ابن سنة ونصف ونحوها أنه في جنايته في المال، والدماء كالمجنون، وفيها ثلاثة أقوال المذكورة وعزا الثالث لهذه الروايات والصبي قال: والصبي والمميز ضامن المال في ذمته والدماء على حكم الخطأ والمشهور أن الضمان يعتبر حالة الغصب إن فات المغصوب.

وقيل: يلزمه أرفع القيم نقله ابن شعبان عن ابن وهب، وأشهب، وعبد الملك قال: لأن عليه رده في كل وقت فمتى لم يرده فهو كغصبه حينئذ قال: وكذلك إذا كانت قيمته خمسين ثم بلغت ألفا ثم عادت إلى خمسين أو هلك فالقيمة عندهم على أرفع القيم.

قال اللخمي: فجعلوا له أرفع القيم مع وجود عينه وعدمها وأراه كذلك إن كان المغصوب للتجر لا للقنية، ولقول مطرف، وابن الماجشون، وابن عبد الحكم وأصبغ، فيمن غصب دارًا فأغلقها أو أرضًا فبورها أو دابة فأوقفها يغرم إجارتها لمنعه ربها إياها.

(فإن رد ذلك بحاله فلا شيء عليه وإن تغير في يده فربه مخير بين أخذه بنقصه أو تضمينه القيمة):

ظاهر كلامه وإن تغير في سوقه وهو المشهور وتقدم الآن ما في ذلك.

واختلف إذا نقل الغاصب الطعام لغير البلد الذي غصبه فيه ووجده ربه على أربعة أقوال، فقيل: إنما يلزمه مثله في البلد الذي غصبه فيه قاله ابن القاسم وقيل: إنه مخير في ذلك بين قيمته وأخذه قاله أشهب وقيل: إن لقيه ببلد بعيد عن بلد غصبه فالأول وإلا فالثاني قاله أصبغ.

وقال اللخمي: بعد أن نقل ما تقدم: إن له أخذ الطعام إن كان الغاصب مستغرق الذمة أو لم يكن سعره في بلد الغصب أقل منه في بلد النقل أو قال ربه: ادفع الأقل من نقله وزيادة سوقه.

قال ابن الحاجب: ولا خلاف أن الغاصب يمنع منه حتى يتوثق.

قال ابن عبد السلام: هذا صحيح في النظر، ولا يبعد وجود الخلاف فيه أو ما يدل عليه في فروعهم وأظن أني وقفت على ما يقتضي ذلك.

قلت: ولم ينقل الشيخ خليل ما ذكره، واعترضه بعض شيوخنا بأن قوله وجود الخلاف فيه يقتضي وجود القول عنده؛ لأنه لا يحال بينه وبينه مع عدم التوثق منه، وهذا خلاف الإجماع على منع الحاكم من الحكم بما يقتضي تضييع الأموال على أربابها فتأمله.

وفسر خليل التوثق المذكور بأحد أمرين: إما برهن أو بضامن وقبله شيخنا أبو مهدي وهو عندي بعيد بالنسبة إلى الرهن، والصواب: الضامن فقط، والله أعلم.

قال الشيخ أبو مهدي، وفي الموازية عن ابن القاسم: لو اتفقا على أن يأخذ منه شمنا نقدا جاز كبيع طعام القرض قبل قبضه، وقاله أصبغ، وروى ابن القاسم في المجموعة والعتبية: لا يجوز أخذه منها طعامًا يخالفه في جنس أو صفة ؛ لأنه طعام بطعام مؤخر.

(ولو كان النقص بتعديه خير أيضًا في أخذه وأخذ ما نقصه، وقد اختلف في ذلك):

هذه المسألة هي من باب التعدي لا من باب الغصب ويعني أن من خرق ثوبًا مثلاً فأفسده فسادًا كثيرًا أن ربه مخير في أخذه وأخذ ما نقصه أو أخذ القيمة بخلاف اليسير، وهذا قول مالك في المدونة.

قال ابن القاسم فيها: وكان مالك يقول: يغرم ما نقصه، ولم يفصل بين القليل والكثير ونقل غير واحد كابن يونس عن أشهب إنما له أخذ القيمة أو أخذه ناقصًا ولا شيء له معه، وقاله ابن القاسم في أحد قوليه. قال سحنون وفي المدونة إن أفسده يسيرا فلا خيار له وإنما له ما نقصه بعد رفوه.

قال ابن حارث: اتفاقًا من ابن القاسم، وأشهب زاد غيره، ومالك قال اللخمي: وليس فيه القضاء بالمثل ولو كان منه ما غرم النقص بعد إصلاحه، وقد تكون قيمة الثوب سالما مائة ومعيبًا تسعين فأجرة رفوه عشرة وتكون قيمته بعد إصلاحه خمسة وتسعين بخسر المتعدي خمسة، وقد لا تزيد إلا صلاح في قيمته معيبًا شيئًا وإنما يلزمه إصلاحه ؛ لأن ربه لا يقدر على استعماله إلا بعده، ومثله من حلق رأس محرم كرها يفدي عنه ؛ لأنه أدخله في ذلك.

واختلف في هذا الأصل هل يغرم الجارح أجرة الطبيب أم لا؟ على قولين الأحسن أنه على الجارح كأنه كالرفو قال ابن يونس: ولو قال قائل السير إنما عليه فيه ما نقصه فقط، لم يبعد ؛ لأنه إذا أعطاه ما نقصه دخل فيه الرفق كقولهم فيمن وجد آبقا، وكذلك شاة له جعل مثله، ولا نفقة له ؛ لأنها داخلة في تقويم جعل مثله.

قلت: وما ذكرناه قول ابن الحاجب قالوا: بعد رفو الثوب وشعب القصعة وضعف.

واعترضه خليل بأنه يوهم تواطؤ أهل المذهب أو أكثرهم عليه، وإنما نقله ابن يونس عن بعض الأصحاب، ونحوه.

قال ابن عبد السلام: وإنما حكاه بعض الشيوخ وأنكره غيره، وقال ظاهر نصوصهم لا يلزم رفو الثوب ولا شعب القصعة ولعل هذا وما في معناه هو ما أراد بقوله: وضعف.

(ولا غلة للغاصب ويرد ما أكل من غلة أو انتفع بها، وعليه الحد إن وطئ ولده رقيق لرب الأمة):

قال ابن رشد في المقدمات: تحصيل اختلافهم في الغلة بعد اجتماعهم على أن ما هلك ببينة لا ضمان على الغاصب فيه، وأنه لا يقبل دعواه التلف، وإن كان مما لا يغاب عليه على ثلاثة أقسام قسم على خلقة الأصول كالولد، وفي إطلاق الغلة عليه نظر فلا خلاف عندهم أن عليه رده مع الأم إن كانت قائمة، وإن ماتت خير بين الولد وقيمة الأم.

قلت: وخرج الشيخ ابن القاسم السيوري: أن الولد غلة وهو للغاصب من قول مالك في المدونة في كتاب الرد بالعيب فيمن رد أمة ابتاعها بعيب فقد زوجها فولدت يجبر نقص النكاح بالولد كما يجبر بزيادة قيمتها، والنكاح ثابت.

قال المازري: ورد بوجهين:

أحدهما: لو كان غلة ما جبر به العيب؛ لأن الولد غير عين وقيمة العيب، إنما هي عين والجبر فيه يوجب كونه كعضو منها.

الثاني: أنه يجبرها وإن زاد على أرش العيب ولو كان كما قال لما جبر به مع الزيادة.

قال ابن رشد: وما كان متولدا على غير خلقة الأصول كالصوف واللبن ففيه قولان، وأما ما كان غير متولد كالأكرية والجراحات ففي ذلك خمسة أقوال ولم يعزها، وما ذكر من العزر هو للمغربي، فقيل: يرد ذلك قاله مطرف، وابن الماجشون، وأشهب وابن عبد الحكم، وأصبغ، وعكسه قاله مالك، وقيل: يرد إن اكترى ولا يلزمه إن انتفع أو عطل رواه أبو الفرج.

وقيل: يلزمه إن أكرى أو انتفع، ولا يلزمه إن عطل قاله مطرف، وقيل: يرد غلة الأصول دون الحيوان قاله ابن القاسم.

قلت: وأقام المغربي من قول المدونة من أنه إذا عطل لا شيء عليه على ما نص عليه في الواضحة من وكل على ربع فتركه ولم يكره فلا شيء عليه، قال: ويتخرج من قول مطرف ومن ذكر أنه يضمن.

قلت: ويرد بأن الغاصب أشد، وقبل شيخنا أبو مهدي ما نص عليه ابن سهل أن الوصي إذا بور ربع اليتيم؛ أنه ضامن وهو صواب، ولا يتخرج في الوكيل ؛ لأن الموكل قادر على أن يكري بنفسه أو يوكل غيره بخلاف الموصى عليه والله أعلم.

(ولا يطيب لغاصب المال ربحه حتى يرد رأس المال على ربه):

قال اللخمي: اختلف في ربح الغاصب على ثلاثة أقوال: فقيل له سواء كان موسرا أم لا قاله مالك وابن القاسم.

وقيل له: إن كان موسرا قاله ابن حبيب، وابن مسلمة في الولي يتجر في مال يتيمه لنفسه.

قلت: ويرد بأن الغاصب أشد، وقيل: للمغصوب منه بقدر ما ربح في ذلك المال لو بقي في يده، وما زاد عليه للغاصب، ذكره ابن سحنون فيمن شهد بدين حال أن صاحبه أخر الغريم به سنة ثم رجع عن الشهادة بعد محل الأجل.

قال التادلي: وقول الشيخ: ولا يطيب أي لا يحل اختلاطه بالمحرم وحمله عبد الوهاب على الكراهة قائلاً: لأن الشيء المغصوب في ذمته فكان الربح بحكم الشرع ؛ لأنه مكروه ؛ لأنه نشأ عن مال لم تطب نفس مالكه بتقبله فإذا رد رأس المال على ربه ساغ له.

(ولو تصدق بالربح كان أحب إلى بعض أصحاب مالك، وفي باب الأقضية شيء من هذا المعنى):

كلام الشيخ دل على قولين:

أحدهما: إذا رد رأس المال على ربه؛ أنه يطيب له الربح، ولا يستحب له الصدقة به، وإلى هذا أشار بقوله: ولا يطيب لغاصب المال ربحه حتى يرد رأس المال على ربه.

الثاني: أنه يستحب له الصدقة به ولهذا أشار بقوله: ولو تصدق بالربح كان أحب إلى بعض أصحاب مالك وعرضت هذا على شيخنا أبي مهدي رحمه الله فاستحسنه وقال به.

باب في أحكام الدماء والحدود

قال ابن رشد: قتل المسلم عمدًا عدوانا كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منه وفي قبول التوبة منه وإنفاذ وعيده مذهبان للصحابة رضوان الله عليهم، وإلى الثاني ذهب مالك لقوله: لا تجوز إمامته.

قلت: قال بعض شيوخنا: لا يلزم منه عدم قبول توبته لعدم علم رفع سابق جرأته وقبول توبته أمر باطن وموجب منصب الإمامة أمر ظاهر.

قال ابن رشد في سماع عيسى من قول مالك: ليكثر العمل الصالح، والصدقة والحج والجهاد ويلزم الثغور من تعذر القود منه دليل على الرجاء عنده في قبول توبته خلاف قوله: لا تجوز إمامته.

قال: والقول بتخليده خلاف السنة، ومن توبته عرض نفسه على ولي المقتول قودا أو دية وفي كون القود منه كفارة له أم لا؟ مذهبان وجه الثاني أنه لا نفع فيه للقتيل بل لوليه قال غيره، ونقل الأصوليون إجماع الملل على حفظ الأديان والعقول والنفوس والأعراض والأموال، وذكر بعضهم الأنساب عوض الأموال واستشكل الفاكهاني قول مجاهد جعل الله جزاء من قتل نفسًا مؤمنة بغير حق جهنم وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابًا عظيمًا فلو قتل جميع الخلق لم يزد من عذاب الله على ذلك ؛ لأن الإثم على قدر عظم المفسدة هذا أصل الشريعة والمستقرأ من أحكامها.

(ولا تقتل نفس بنفس إلا ببينة عادلة أو اعتراف أو بالقسامة إذا وجبت يقسم الولاة خمسين يمينا، ويستحقون الدم):

مذهب مالك أن القود يجب بالقسامة، وبه قال ابن أبي ذئب، وابن حنبل وداود، وروي ذلك عن عبد الله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين.

وقال إسحاق بن راهويه: من قال القود في القسامة لم يبعد، وأما أنا فأذهب إلى ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لا يقاد بالقسامة وإنما تجب بها الدية وإليك النظر في بقية اختلاف العلماء في ذلك.

(ولا يحلف في العمد أقل من رجلين):

ما ذكره هو قول مالك لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: **«أتحلفون خمسين**

يمينا وتستحقون دم صاحبكم»[1] فأتى بصيغة الجمع، وأقل الجمع عندنا اثنان ومن أهل العلم من قال: لا يحلف أقل من ثلاثة رعيا للصيغة، وأقلها عنده ثلاثة، ومنهم من قال: يحلف واحد وحمل الكلام على مجازه، وهو بعيد.

وعبر التادلي عن هذين القولين بلفظة قيل، وذلك يوهم أنها في المذهب وليس كذلك ويشترط في الحالفين أن يكونا عصبة اتباعا لقضية الأنصار فإن لم يكونا فالموالي فإن لم يكونا ردت اليمين.

(ولا يقتل بالقسامة أكثر من رجل واحد):

ما ذكره هو قول الموطأ لا نعلم قسامة كانت قط إلا على واحد.

وقال المغيرة: يقسم على جماعة في العمد، ويقتلون كما يقتلون بالشهادة القاطعة قال: وكذلك كان في الزمان الأول إلى زمان معاوية وعلي رضي الله عنهما.

وفي المجموعة وكتاب ابن المواز عن ابن القاسم في قوم وجب لهم دم رجل بقسامة فقدم للقتل فأرادوا قتله فأقر غيره أنه قتله قال: إن شاءوا قتلوا المقر بإقراره وإن شاءوا قتلوا الأول بالقسامة ولا يقتلون إلا واحدًا منهما، وهذا نحو ما قال مالك وإذا فرعنا عليه، وكان المدعى عليهم جماعة، ففي ذلك ثلاثة أقوال: فقال ابن القاسم في المجموعة: إنهم لا يقسمون إلا على واحد بعينه.

وقال أشهب: هم بالخيار أن يقسموا على واحد كما قال ابن القاسم أو يقسموا على اثنين أو على الجميع فإذا أقسموا عليهم اختاروا واحدًا منهم فقتلوه وكلاهما نقله ابن يونس والباجي، ولابن حارث عن سحنون: إن كان الضرب واحدًا كاحتمالهم صخرة حلفوا على جميعهم كالخطأ وإن افترق الضرب كما إذا ضربه واحد على الرأس وآخر على البطن وآخر على الظهر لم يحلفوا إلا على واحد وعزا الفاكهاني هذا القول لنقل مكي بن أبي طالب في تذكرته وهو قصور.

(وإنما تجب القسامة بقول الميت دمي عند فلان أو بشاهد على القتل أو بشاهدين على الجرح ثم يعيش بعد ذلك ويأكل ويشرب)[2]:

ما ذكر أنه يقتل بقول الميت دمي عند فلان هو قول مالك.

قال ابن رشد: وتابعه على قوله أصحابه والليث بن سعد، والجمهور على

---

(١) رواه البخاري (٦/٢٦٣٠)، ومسلم (٣/١٢٩٤).

(٢) انظر: التلقين للقاضي عبد الوهاب (١/٤٦٦).

خلافه.

قلت: وفي اختصار الحريري، وقال عبد الرحمن بن أحمد بن مخلد: إنه توقف عن القول في التدمية ففهم منه بعض شيوخنا أنه قال بلغوها كقول المخالف، وسمعت شيخنا أبا مهدي رحمه الله يقول: هذه إحدى المسائل التي حلف فيها بالمشي إلى مكة أبو القاسم السيوري أن لا يفتي فيها بمذهب مالك، وكذلك وقف فيها اللؤلؤي ولم يفت به.

قلت: واحتج مالك على قوله بقوله تعالى: ﴿فَقُلْنَا ٱضْرِبُوهُ بِبَعْضِهَا﴾ [البقرة: ٧٣] الآية.

قال ابن العربي: في أحكام القرآن فإن قيل: كان ذلك آية ومعجزة لموسى عليه السلام، قلنا: الآية، والمعجزة إنما كانا في إحياء الميت فلما صار حيًّا كان كلامه كسائر كلام الآدميين كلهم في القبول والرد، وهذا دقيق من العلم لا يتفطن له إلا مالك، فإن قيل: إنما قتله موسى بالآية.

قلنا: أليس في القرآن آية إنه إذا أخبر وجب صدقه فلعله أمرهم بالقسامة معه أو صدقه جبريل عليه السلام، كما قتل النبي ﷺ الحارث بن سويد.

وظاهر كلام الشيخ: ولو كان المدعى عليه القتل ورعا عدلا والمدعي مسخوطًا، وهو كذلك على المشهور، وقال ابن عبد الحكم: صواب. قال: واختلف إذا قال ذلك على عدوه وفيه شبهة فيصح أن يقبل قوله ؛ لأن عدو الإنسان يصح أن يفعل به ذلك، ويصح أن لا يقبل لتهمة إذا نزل به ذلك أنه يرميه بدعواه عليه ليشتفي منه، وظاهره أيضًا أنه لا فرق بين كون المدعي امرأة على زوجها أم لا، وهو ظاهر المذهب.

ومن الشيوخ من أخرج دعواها عليه لما شرع له من أدبها وربما أدى ذلك إلى قتلها نقله ابن هشام وابن عات عن ابن أبي زمنين عن الشعباني عن ابن مزين قائلاً: هو الذي تعلمناه من شيوخنا.

وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون هناك أثر ضرب أم لا،وهو كذلك عند أصبغ خلافًا لابن كنانة، واختاره ابن رشد، وغيره.

وبالثاني: العمل، واختلف إذا قال الابن: إن أبي قتلني مثلاً فالأكثر أنه لا يقتل به، وقال أشهب: يقتل به.

واختلف قول مالك في أعمال قوله دمي عند فلان خطأ، ويريد الشيخ أن الشاهد الواحد على القتل لا بد من عدالته، وهو المشهور، وقيل: لا يشترط.

واعلم أنه إذا تعدد اللوث فلا بد من القسامة كما لو شهد شاهد على الموت، وقال المقتول دمي عند فلان.

(وإذا نكل مدعو الدم حلف المدعى عليهم خمسين يمينا فإن لم يجد من يحلف من ولاته معه غير المدعى عليه وحده حلف الخمسين يمينا):

اعلم أنه اختلف المذهب إذا نكل ولاة الدم، وكانت القسامة وجبت بقول المقتول أو بشاهد على القتل على ثلاثة أقوال حكاها ابن رشد في المقدمات:

أحدها: أن الأيمان ترد على المدعى عليه فيحلف أو يحلف عنه رجلان فأكثر من ولاته خمسين يمينا إن أطاعوا بذلك، ولا يحلف هو معهم قاله ابن القاسم.

والثاني: أن المتهم يحلف معهم قاله ابن القاسم أيضًا.

والثالث: لا يحلف إلا المدعى عليه وحده، وليس له أن يستعين بأحد قاله مطرف.

قلت: وذكر ابن حارث قول مطرف رواية له ونقله الشيخ أبو محمد قولاً له ورواية وإن وجبت القسامة بشاهدين على الجرح ففي رد الأيمان على القاتل قولان:

أحدهما: أنها ترد على المدعى عليه، فيحلف ما مات من ضربي فإن نكل سجن حتى يحلف ولو حلف ضرب مائة وسجن عامًا، وإن أُقر قتل قاله ابن القاسم، وابن الماجشون.

والقول الثاني: أن الأيمان لا ترد على القاتل ولا يحلف ؛ لأن يمينه حينئذ غموس فعلى هذا إن أقر لم يقتل وهو قول أشهب، وابن عبد الحكم وأصبغ.

قال اللخمي: واختلف إن نكل المدعى عليه عن الأيمان ففي المدونة يحبس حتى يحلف.

وقال أشهب: عليه الدية وأرى أن يخير الأولياء في حبسه أبدًا حتى يحلف أو أخذهم الدية.

(ولو ادعى القتل على جماعة حلف كل واحد خمسين يمينا، ويحلف من الولاة في طلب الدم خمسون رجلاً خمسين يمينا):

لأن كل واحد من الجماعة مدعى عليه فلا يبرأ إلا بالخمسين.

واختلف إذا كان المدعى عليهم أكثر من خمسين هل يحلفون كلهم أو إنما يحلف خمسون رجلاً منهم.

(وإن كانوا أقل قسمت عليهم الأيمان):

يعني: إذا كان اثنان فإنه يحلف كل واحد منهما خمسًا وعشرين يمينا فإن أطاع

أحدهما أن يحلف أكثر الأيمان لم يجز ذلك قاله ابن رشد في مقدماته ولم يعزه وعزاه غيره لنقل أبي محمد عن ابن القاسم في الموازية.

قال ابن رشد: فإن كانوا أكثر من ذلك إلى الخمسين وتشاحوا مع تساويهم في العدد قسمت بينهم على عددهم فلو وقع كسر كما لو كانوا عشرين فيحلف كل واحد منهم يمينين يمينين ثم لا سبيل لهم إلى القتل إلا أن يحلف العشرة منهم العشرة الأيمان الباقية فإن أبى جميعهم من حلفها بطل الدم كنكولهم.

واختلف إذا طاع اثنان بحلف الخمسين فقال ابن القاسم: ذلك جائز، ولم يجزه المغيرة وأشهب وابن الماجشون، وأما لو كانوا أكثر من خمسين فإنه يجتزأ منهم بخمسين باتفاق عند الأكثر، وقد رأيت لابن الماجشون في كتاب مجهول أنه لا بد أن يحلف كل واحد منهم يمينًا يمينًا وإلا لم يستحق الدم.

(ولا تحلف امرأة في العمد):

ما ذكر مثله في الموطأ والمدونة قال الفاكهاني: وقيل: تحلف.

(ويحلف الورثة في الخطأ بقدر ما يرثون من الدية من رجل أو امرأة) [(١)]:

ما ذكر من أنه يحلف واحد منهم على قدر ميراثه هو متفق عليه؛ لأن الأيمان سبب لحصول الدية لهم فيجب توزيع الأيمان كما توزع الدية.

(وإن انكسرت يمين عليهم حلفها أكثرهم نصيبًا منها وإذا حضر بعض ورثة الخطأ لم يكن له بد أن يحلف جميع الأيمان ثم يحلف من يأتي بعده بقدر نصيبه من الميراث) [(٢)]:

---

(١) انظر: شرح الرسالة (ص٨٤٤) بتحقيقنا.

(٢) والأصل في هذا الباب قوله تعالى ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾ [النساء: ٩٢] والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء. وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وأيضًا تختلف بحسب العمد إذا رضي بها إما الفريقان وإما من له القود على ما تقدم من الاختلاف. والنظر في الدية هو في موجبها أعني في أي قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب. فأما في أي قتل تجب فإنهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ. ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتي بعد ذلك اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد.

وأما قدرها ونوعها فإنهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الإبل مائة من الإبل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات: دية الخطأ ودية العمد إذا قبلت ودية شبه العمد. وهي عند =

=

مالك في الأشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه. وأما الشافعي فالدية عنده اثنان فقط: مخففة ومغلظة. فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد. وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضًا: دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية في العمد وإنما الواجب عنده في العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لأنه إذا لم تلزمه الدية عنده إلا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية إلا ما روي عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فههنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أرباع: خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثًا: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وهي الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور إلا في مثل فعل المدلجي بابنه وعند الشافعي أنها تكون في شبه العمد أثلاثًا أيضًا وروى ذلك أيضًا عن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو ثور: الدية في العمد إذا عفا ولي الدم أخماسًا كدية الخطأ. واختلفوا في أسنان الإبل في دية الخطأ فقال مالك والشافعي: هي أخماس: عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكرا وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعني التخميس إلا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكرا وروي عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروي عن سيدنا علي أنه جعلها أرباعا أسقط منها الخمس والعشرين بني لبون. وإليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الإباحة - والله أعلم - كما قال أبو عمر بن عبد البر. وخرج البخاري والترمذي عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال " في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة".

واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روى عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال: وأحب إلي في ذلك الرواية عن علي لأنه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود. وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده " أن رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الإبل: ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بني لبون ذكر " قال أبو سليمان الخطابي هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء إن دية الخطأ أخماس وإن كانوا اختلفوا في الأصناف وقد روي أن دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري وهؤلاء جعلوها: خمسًا وعشرين جذعة وخمسًا وعشرين حقة وخمسًا وعشرين بنات لبون وخمسًا وعشرين بنات مخاض كما روي عن علي وخرجه أبو داود وإنما صار الجمهور إلى تخميس دية الخطأ: عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بني مخاض ذكر وإن كان لم يتفقوا على بني المخاض لأنها لم تذكر في أسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التربيع في شبه العمد إن ثبت هذا. النوع الثالث أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك الشافعي ومن لم يقل بالتثليث شبه

=

=

العمد بما دونه. فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التي تكون من الإبل على أهل الإبل. وأما أهل الذهب والورق فإنهم اختلفوا أيضًا فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك: على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وقال أهل العراق: على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر: لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك. وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم. وعمدة الحنفية ما رووا أيضًا عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم وإجماعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة.

وأما الشافعي فيقول: إن الأصل في الدية إنما هو مائة بعير وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب واثني عشر ألف درهم على أهل الورق لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال: كانت الديات على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين. قال: فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبًا فقال: إن الإبل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق اثني ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئًا. واحتج بعض الناس لمالك لأنه لو كان تقويم عمر بدلا لكان دينًا بدين لإجماعهم أن الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين.

ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ إلا من الإبل أو الذهب أو الورق. وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون: يوضع على أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء " أن رسول الله ﷺ وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الإبل مائة بعير وعلى أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة " وما روي عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله ﷺ مائة بعير. قال: فإن كان الذي أصابه من الأعراب فديته من الإبل لا يكلف الأعرابي الذهب ولا الورق فإن لم يجد الأعرابي مائة من الإبل فعد لها من الشاة ألف شاة. ولأن أهل العراق أيضًا رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصًّا. وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام وبالخيل على أهل الخيل وهذا لا يقول به أحد. والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب؟. أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الأحرار المسلمين. وأما على من تجب؟ فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ [الأنعام: ١٦٤، فاطر: ١٨] ومن قوله عليه الصلاة والسلام لأبي زمنة لولده " لا يجني عليك ولا تجني عليه ". وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روي عن ابن عباس ولا

=

مخالف له من الصحابة أنه قال: لا تحمل العاقلة عمدًا ولا اعترافا ولا صلحا في عمد وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الأوزاعي فقال: من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم في قطع الأعضاء. وروي عن عمر أن رجلاً فقأ عين نفسه خطأ فقضى له عمر بديتها على عاقلته. واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية المغلظة على قولين: واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة إنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعي عمد الصبي في ماله.

وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا إذا اشترك في القتل عامد وصبي والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون؟ فقال الشافعي: على أصله في مال الصبي وقال مالك: على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما. وأما متى تجب؟ فإنهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة إلا أن يصطلحا على التأجيل. وأما من هم العاقلة فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي بالقرابة من قبل الأب وهم العصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالي العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصبة إلا داود فإنه لم ير الموالي عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعي: على الغني دينار وعلى الفقير نصف دينار وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالأقرب من بني أبيه ثم من بني جده ثم من بني أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه: العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان. وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس في زمان رسول الله ﷺ وفي زمان أبي بكر ولم يكن هناك ديوان وإنما كان الديوان في زمن عمر بن الخطاب. واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي ﷺ أنه قال " لا حلف في الإسلام وأيما حلف كان في الجاهلية فلا يزيده الإسلام إلا قوة ". وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء.

واختلفوا في جناية من لا عصبة له ولا موالي وهم السائبة إذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا؟ وإن كان فعلى من يكون؟ فقال من لم يجعل لهم موالي: ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالي وهو داود وأصحابه. وقال: من جعل ولاءه لمن أعتقه عليه عقله وقال: من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال إن للسائبة أن يوالي من شاء جعل عقله لمن ولاه وكل هذه الأقاويل قد حكيت عن السلف. والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الأنوثة والكفر والعبودية. أما دية المرأة فإنهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل في النفس فقط. واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ما سيأتي القول فيه في ديات الجروح والأعضاء. وأما دية أهل الذمة إذا قتلوا خطأ فإن للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين. والقول

يعني كما لو كان الوارث ابنا وبنتا فإنها إنما تحلفها البنت مراعاة للتبعية والمتبوعية، والضمير المجرور في قوله منها عائد على اليمين المذكورة وتردد التادلي هل هو كذلك أو عائد على الدية، وهو بعيد.

وما ذكر الشيخ هو كذلك في القول المشهور ومثله قول المدونة إن لزم واحدًا نصف اليمين ولزم آخر ثلثها وآخر سدسها يحلفها صاحب النصف وصورتها بنت وزوج وأم وعاصب.

وقيل: إنما يحلفها صاحب الأكثر من عدد الأيمان لا من عدد اليمين المنكسرة حكاه ابن رشد، ولم يعزه وعزاه غيره للموطأ من رواية يحيى.

وقيل: على كل واحد منهم يمين مستقلة نقله ابن الحاجب ومثله في الكافي لابن عبد البر، وقال ابن حارث: اتفقوا على أنها لا تجبر على كل واحد منهم فتصير الأيمان أكثر من خمسين، وهذا يقتضي نفي الثالث.

قال ابن رشد: واختلف إذا انكسرت اليمين بأجزاء متساوية مثل ما لو كان الورثة ثلاث إخوة لوجب على كل واحد منهم ستة عشر يمينا وثلثا بيمين فقال ابن القاسم: يجبر على كل واحد منهم الكسر الذي صار إلى حظه فيحلف كل واحد منهم سبعة عشر يمينا.

وقال أشهب: يحلف كل واحد منهم ستة عشر يمينا، ويقال لهم: عينوا اثنين منكم يحلفان يمينين فإن تشاحوا فيمن يحلف ما بقي فرأيت لابن كنانة: لا يجبر الإمام منهم أحدًا، ويقال لهم: لا تأخذوا شيئًا إلا أن تحلفوا بقية الأيمان ويشبه أن يقول

=

الثاني أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين. والقول الثالث: أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة وهو مروي عن ابن مسعود وقد روي عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين. فعمدة الفريق الأول ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال "دية الكافر على النصف من دية المسلم" وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى ﴿ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء: ٩٢]. ومن السنة ما رواه معمر عن الزهري قال: دية اليهودي والنصراني وكل ذمي مثل دية المسلم. قال: وكانت على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية ألغى الذي جعله معاوية في بيت المال قال الزهري: فلم يقض لي أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة.انظر بداية المجتهد لابن رشد (١/١٢١٤).

أشهب مثل هذا أو يقرع بينهم فيها.

وقاله بعض أهل النظر وقاسه على قول ابن القاسم، ولا يصح إلا على قول أشهب.

(ويحلفون في القسامة قيامًا):

ما ذكر هو المشهور، ونقل مكي في تذكرته عن ابن الماجشون أنهم يحلفون قعودا ولا خصوصية للحلف قيامًا في القسامة بل وكذلك كل الحقوق المالية على المشهور ونص الشيخ على ذلك بعد قوله: ويحلف قائمًا.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لا يعتبر في أيمان القسامة زمن معين وهو كذلك.

وقيل: إنه تقع الأيمان بعد صلاة العصر يوم الجمعة ذكره ابن رشد واختلف في الذي يحلف به على أربعة أقوال:

فقيل: يقول: بالله الذي لا إله إلا هو.

والثاني: يقول معه الذي أمات وأحيا.

والثالث: يقول معه لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم.

والرابع: لا يزيد فيها الرحمن الرحيم، وذكر ابن رشد أن العمل مضى عندهم مع كون اليمين بعد صلاة العصر من يوم الجمعة كما تقدم.

(ويجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس أهل أعمالها للقسامة):

لأن ذلك أيضًا أهول وأخوف على الحالف وأردع.

(ولا يجلب في غيرها إلا من الأميال اليسيرة):

قال التادلي: اختلف في الأميال اليسيرة، فقال: ثلاثة أميال.

وقيل: بريد، وقيل: عشرة أميال.

(ولا قسامة في جرح ولا في عبد ولا بين أهل الكتاب، ولا في قتيل بين الصفين أو وجد في محلة قوم):

ما ذكر من أنه لا قسامة في الجرح هو نص المدونة، وما ذكر أنه لا قسامة في عبد هو كذلك ؛ لأنه مال. قال ابن زرقون: ولو قال العبد دمي عند فلان ففيه أربعة أقوال: يحلف المدعى عليه خمسين يمينا ويبرأ قال أشهب: ويضرب مائة ويسجن فإن نكل حلف السيد يمينا واحدًا ويستحق قيمة عبده مع الضرب والسجن.

وقال ابن القاسم: يحلف المدعى عليه يمينا واحدة ولا قيمة عليه ولا ضرب ولا سجن فإن نكل ضرب وسجن وغرم القيمة.

وروى أشهب عن مالك مثل قوله إلا أن مالكًا قال: إذا حلف المدعى عليه

الأيمان لم يضرب، ولم يسجن، وقال أصبغ: يحلف المدعى عليه خمسين يمينا فإن حلف برئ، وإن نكل لم يلزمه شيء لا قيمة ولا ضرب ولا سجن، وأما إذا أقام السيد شاهدا على أحد أنه قتل عبده حلف السيد يمينا واحدة وأخذ قيمته ويجلد مائة ويسجن عامًا قاله ابن القاسم، وأشهب، وفي المدونة قال مالك في نصراني قام على قتله شاهد واحد مسلم يحلف، ولأنه يمينا واحدة ويستحقون الدية على قاتله مسلمًا كان أو نصرانيا ومثله في رسم أوصى من سماع عيسى من الجنايات وسماع أشهب في الديات.

قال ابن رشد: وقيل: دم النصراني لا يستحق بالشاهد واليمين، وهو قول أشهب وظاهر سماع يحيى في الديات وفيه قول ثالث، وهو أن يحلف أولياؤه مع شاهدهم خمسين يمينا ويستحقون ديته، وهو قول المغيرة لمالك في المدونة من رواية محمد بن يحيى السبائي أنه يستحق بغير يمين.

قلت: وحكى ابن زرقون فيها وفيما إذا قال الذمي: دمي عند فلان أربعة أقوال فذكر ما تقدم عن المدونة في المسألتين، وعزاه لنقل ابن حبيب عن ابن القاسم، وقول المغيرة على فرض ما حكاه ابن رشد في مسألة الشاهد وعزاه لنقله قال: وهو غريب، وقيل: يحلف المدعى عليه خمسين يمينا ويبرأ قاله مالك، وأشهب وابن عبد الحكم.

وقيل: إن لم يكن إلا قول الذمي دمي عند فلان فلا قسامة فيه، وفي مسألة الشاهد فيحلف ولاته يمينا واحدة ويأخذون الدية ويضرب مائة ويسجن سنة قاله ابن القاسم في المدونة.

قال الفاكهاني: أنظر قول الشيخ ولا بين أهل الكتاب هل المعنى إذا كان المقتول ذميا، والقاتل مسلمًا أو المعنى لا قسامة بينهم إذا تحاكموا إلينا فلا نوجبها عليهم وكلاهما قد قيل.

ورجح بعضهم القول الأول لقوله: ولا في عبد، وما ذكر أنه لا قسامة في القتيل بين الصفين هو قول مالك في المدونة ورجع إليه ابن القاسم بعد أن أخذ بقوله في الموطأ بثبوتها قيل لابن القاسم في العتبية فإن كان القتيل الذي وجد بين الصفين إنما كانوا يقتتلون على تأويل، قال: ليس على الذين قتلوه قتل، وإن عرفوا قيل: له فديته هل عليهم منها شيء ؟ قال: لما سقط القتل سقطت الدية، وليس أهل التأويل كغيرهم، وروي معناه عن مالك، قال القاضي أبو الوليد بن رشد: ومن أهل العلم من يرى أنه يقاد من صاحب التأويل ويقتص، وهو قول أصبغ وعطاء والخلاف في القصاص منه مطلقًا سواء تاب أو أخذ قبل أن يتوب ولا يقام عليه حد الحرابة وإن أخذ قبل أن

يتوب ولا يؤخذ منه ما أخذ من مال وإن كان موسرا إلا أن يوجد شيء بعينه بيده فإنه يرد إلى ربه.

واختلف إذا شهدت البينة أنه قتل ودخل في جماعة فقيل: لا شيء عليهم قاله سحنون وقيل: يستحلف كل واحد منهم خمسين يمينا ويغرمون الدية بلا قسامة قاله ابن القاسم في العتبية، وما ذكر أنه لا قسامة فيما إذا وجد في محلة قوم هو المعروف في المذهب بالإطلاق.

وقال ابن رشد في مقدماته: إنه لوث إذا وقع الأمر فيه على الصورة التي وقعت بخيبر للأنصار وذهبت طائفة من العراقيين خارج المذهب إلى أنه لوث بالإطلاق.

وكذلك قال بعض العلماء في الذي يموت في ازدحام الناس في الأعياد وغيرها: إن ديته على جميع الناس من ذلك، وتأول ابن يونس قول المدونة إذا وجد قتيل في قرية قوم أو دارهم لا يدرون من قتله لم يؤخذ به أحد بأن معناه إن لم يكن معه أحد، ولو وجد في دار ومعه رجل وعليه أثر قتله لقتل به مع القسامة.

(وقتل الغيلة لا عفو فيه):

ظاهره وإن كان المقتول كافرًا أو القاتل له مسلم، وهو كذلك نص عليه في المدونة قال فيها: لا يقتل مسلم بكافر إلا أن يقتله قتل غيلة.

قال بعض شيوخنا: والاستثناء منقطع ؛ لأن بالحرابة قتل لأن الغيلة حرابة، ولذا قال فيها: إن قطع يديه ورجليه غيلة حكم عليه بحكم المحارب.

قلت: ويجري فيه قول أبي مصعب أن الإمام مخير في المحارب إن قتل كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وقال الفاكهاني عن أهل اللغة: قتل الغيلة هو أن يخدعه فيذهب به إلى موضع خفي فإذا صار فيه قتله فهذا يقتل، ولا عفو فيه ؛ لأنه حق الله وكل حق تعلق به حق الله فلا عفو فيه كالزنى، ونحوه.

واعترضه بأنه لا يختص حق الله تعالى بقتل الغيلة حتى يكون علة لما ذكر إذ لا حق من الحقوق للعبد إلا ولله فيه حق، وهو إيصال الحق إلى مستحقه فانظر العلة في ذلك.

ونقل عن بعض أصحابنا وأظنه البوني رحمه الله تعالى أنه اشترط في ذلك أن يكون القتل على مال، وأما الثائرة، وهي العداوة بينهما يجوز العفو فيه.

قلت: ما ظنه عن البوني مثله نقل الباجي عن العتبية والموازية قال: قتل الغيلة حرابة، وهو قتل الرجل خفية لأخذ ماله، قال: ومن أصحابنا من يقول هو القتل على

وجه القصد الذي لا يجوز عليه الخطأ، وقبله ابن زرقون فالعجب من الشيخ رحمه الله.

(ولرجل العفو عن دمه العمد إن لم يكن قتل غيلة وعفوه عن الخطأ في ثلثه):

اعلم أنه اختلف المذهب إذا قال رجل لرجل: إن قتلتني فقد وهبت لك دمي، وهذا الخلاف حكاه سحنون عن أصحابنا قال: وأحسن ما رأيت في ذلك أنه يقتل القاتل؛ لأن المقتول عفا عن شيء لم يجب له، وإنما يجب للأولياء، ولا يشبه هنا من أنفذت مقاتله.

وقال: وأشهدكم أني قد عفوت عنه فقيل: فلو أنه قال له: اقطع يدي فقطعها قال: لا شيء عليه ؛ لأن هذا جرح لا نفس، وذكر ابن رشد قولاً ثالثًا في مسألة القتل أنه لا يقتل به بل تكون الدية في ماله قال: وهو أظهر الأقوال.

(وإن عفا أحد البنين فلا قتل، ولمن بقي نصيبهم من الدية ولا عفو للبنات مع البنين):

اعلم أنه إذا عفا بعض البنين فإنه يسقط نصيب العافي وحده ؛ لأن الحق المشترك بين جماعة لا يسقط جميعه بإسقاط بعض الشركاء له وإلا لما كان للشركة فائدة، وهذا إذا بقي بعض العصبة، وأما إذا عفا البنون وثم بنات فإنه يسقط حق البنات من الدية وكذلك الأخوات مع الإخوة، قاله ابن القاسم، وأشهب.

وروى أشهب عن مالك أن حق الإناث باق وقال ابن المواز، وبالقول الأول قال: من أدركناه من أصحاب مالك، وهو أصله في موطئه، قال الباجي: وهذا إذا عفا الرجال في فور واحد فأما إن عفا أحدهم ثم بلغ الآخر فعفا فلا يضر ذلك من كان معهما من أخت أو غيرها ؛ لأنه مال ثبت بعفو الأول قاله محمد.

(ومن عفي عنه في العمد ضرب مائة وحبس عامًا):

ظاهر كلامه وإن كان رقيقًا أو امرأة وهو كذلك قاله في المدونة. وقيل: إن الضرب والسجن ساقطان عنهما حكاه ابن عبد السلام مفسرا به قول ابن الحاجب، ومن عفي عنه ضرب مائة وحبس عامًا، وإن كان رقيقًا أو امرأة على الأشهر والذي أعرفه للباجي رحمه الله تعالى قولين:

أحدهما: مثل ما في المدونة.

والثاني لأصبغ في الموازية: لا حبس على عبد ولا على امرأة ويجلدان قاله

المغيرة، وخرجه الدارقطني[1] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً قتل عبده متعمدًا فجلده النبي ﷺ مائة جلدة ونفاه سنة ومحا اسمه من المسلمين ولم يغربه وأمره أن يعتق رقبة قال عبد الحق في سنده إسماعيل بن عياش، وهو ضعيف في غير الشاميين، وهذا الإسناد حجازي ، رواه إسحاق بن عبد الله بن أبي قرة عن إبراهيم عن عبد الله بن جبير عن أبيه عن علي عن النبي ﷺ ولم يذكر رقبة وإسحاق بن أبي قرة متروك وذكر حديثه أيضًا الدارقطني ولا يصح في هذا شيء، وتعقب ابن القطان قوله هذا في الإسناد حجازي فإنه شامي بأنه في إسناد الدارقطني حدثنا إسماعيل بن عياش عن الأوزاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده الحديث، وجعل أهل المذهب هذا الحديث أصلاً في قاتل العمد إذا تعذر القصاص منه لموجب ما ولو وجبت القسامة للأولياء فنكلوا فحلف المدعى عليه.

فقال ابن المواز على المدعى عليه الجلد، والسجن، ولم يخالف فيه إلا ابن عبد الحكم فإنه قال: إذا نكلوا فلا جلد، ولا سجن، والأكثر على تعميم هذا الحكم في كل مقتول واختاره ابن حبيب ورواه عن مالك إنما ذلك في المسلم عبدًا كان أو حرًّا وأما غير المسلم فإنما لم يجب فيه إلا الأدب المؤلم.

وقال أشهب: إن شاء بدأ بالجلد أو بالحبس وذلك واسع وظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية أنه يبدأ بالجلد ؛ لأنه قال: يأتنف حبس سنة من يوم جلد، ولا يحتسب بما مضى، ولم يذكر ابن رشد غير ما في السماع وحفظ الباجي قول أشهب.

(والدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم):

في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوم الدية على أهل القرى فجعلها على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم.

وروى أهل العراق أن عمر وضع الديات فوضع على أهل الورق اثني عشر ألف درهم، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألف شاة، وعلى أهل الحلل ألف حلة.

وروي مثله مرسلا إلا أنه لم يذكر الدراهم، وهو قول عطاء والزهري وفقهاء المدينة السبعة وغيرهم.

---

(١) في سننه (٣/١٤٣).

قال مالك: أهل البادية وأهل العمود أهل الإبل.

قال الباجي: لا خلاف في ذلك، وأما أهل مكة فقال إصبع في العتبية: هم أهل الذهب.

وقال أشهب: أهل الحجاز أهل إبل، وأهل مكة منهم، وأهل المدينة أهل الذهب، وفي الموازية عن مالك أهل الشام، وأهل مصر أهل الذهب.

وقال ابن حبيب: وكذلك أهل مكة، والمدينة، وقال أصبغ: هم اليوم أهل الذهب، وقال ابن الحاجب: أهل المغرب أهل الذهب.

وقال ابن حبيب: أهل الأندلس أهل ورق وأشار أصبغ في قوله: أهل مكة وأهل المدينة هم اليوم أهل الذهب إلى أن المعتبر في كل جهة الزمان الذي تجب الدية فيه، وهو اختيار القاضي الباجي رحمه الله تعالى.

(ودية العمد إذا قبلت خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض):

اختلف المذهب في الواجب في العمد فقال أشهب: يخير الولي في القصاص أو الدية وروى ابن القاسم تعيين القود فعلى رواية أشهب تعيين دية العمد لا إشكال فيها، وأما على رواية ابن القاسم فالقياس أن يقال لا يجب فيها إلا ما اصطلحوا عليه كما حكي عن أبي حنيفة، قاله ابن عبد السلام.

وظاهر كلام الشيخ سواء وقع النص على الدية بالتعيين أو بالإبهام.

قال الباجي: وهو المشهور عن مالك في الموازية إن اصطلحوا على شيء فهو ذاك، وإن اصطلحوا على دية مبهمة أو عفا بعض الأولياء رجع الأمر إلى دية مثل دية الخطأ.

(ودية الخطأ مخمسة عشرون من كل ما ذكرنا وعشرون ابن لبون ذكرا):

قال ابن عبد السلام: الأحاديث في الخطأ مختلفة لم تقع بشرط الصحة فيما قد علمت فخرج أبو داود عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون ابن لبون**»[1].

قالوا: إسناده ضعيف وخرج أيضًا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن قتل خطأ بمائة من الإبل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرون ابن لبون ذكورًا.

---

(١) رواه أبو داود (٤/١٤٨).

(وإنما تغلظ الدية في الأب يرمي ابنه بحديدة فيقتله فلا يقتل به ويكون عليه ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون خلفة في بطونها أولادها، وقيل ذلك على عاقلته، وقيل ذلك في ماله):

دل كلام الشيخ من باب أحرى أن الأم كالأب فلا تقتل؛ لأنه لم يقتل الأب إذا قتل ابنه لما طبع عليه من الحنانة والشفقة وبالإذن له في التأديب فالأم أحرى، وهذا ما لم تكن قرينة تدل على أنه أراد قتله حقيقة فإن كانت فإنه يقتل به على المشهور خلافًا لأشهب وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهما، وذلك إذا ذبحه أو شق جوفه وما أشبه ذلك.

وذكر الشيخ في ذكر كون الدية على من تكون ؟ على ثلاثة أقوال: فقيل: إنها تكون على الأب يعني في ذمته فإن كان له مال الآن أخذه منه، وإلا انتظر يسره.

الثاني: أنها على العاقلة.

الثالث: أنها تكون في ماله إن كان وإن لم يكن فعلى عاقلته وإليه أشار الشيخ بقوله وقيل ذلك في ماله.

والثاني لمالك واللخمي وعزا ابن رشد الثالث لمطرف وابن حبيب لا غير ويريد الشيخ أنها حالة، قال ابن زرقون: لا خلاف أنها في مال الجاني حالة.

قلت: وقال ابن عبد السلام: لا يبعد وجود قول بأنها منجمة في مال الجاني إذا اختلف في تنجيم دية العمد مع كونها في مال الجاني.

قال اللخمي: قال عبد الملك هي على العاقلة معجلة، ولابن القاسم في الواضحة هي عليها منجمة ثم رجع لقول المدونة، وهو أحسن، والمشهور أنها تغلظ على أهل الذهب والورق، وقيل: لا تغلظ عزاه اللخمي لأول قول مالك في الموازية، ولم يعزه ابن رشد إلا لنقل عبد الوهاب وعزاه الباجي لرواية سحنون وابن عبد الحكم، وفي كيفية التغليظ خلاف شهير في المذهب، وكذلك اختلف هل تغلظ الجراح أم لا ؟ على ثلاثة أقوال حكاها ابن زرقون فروى ابن عبد الحكم: لا تغلظ فيها وقال مالك في المدون والمبسوط: تغلظ في الجراح كلها، وفرق عبد الملك وسحنون بين ما يقتص منه في العمد وما لا يقتص منه.

(ودية المرأة على النصف من دية الرجل):

هو كذلك في كتابه صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم.

(وكذلك دية الكتابيين ونساؤهم على النصف من ذلك):

ما ذكر هو المذهب وقال أبو حنيفة: دية الكتابي مثل دية المسلم، وقال الشافعي: ديته مثل دية المسلم، ونقل الفاكهاني عنه مثل قول أبي حنيفة رضي الله عنه، واحتج أبو حنيفة بما رواه الدارقطني عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ودى ذميا دية مسلم، وأجيب بأن في إسناده من هو متروك وفي مراسيل أبي داود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار**»[1] واحتج أصحابنا بما خرجه النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين، وهم اليهود والنصارى**»[2] وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**عقل الكافر نصف عقل المؤمن**»[3].

(والمجوسي ديته ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف من ذلك ودية جراحهم كذلك):

ما ذكر الشيخ هو قولنا وقول الشافعي، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: دية المجوسي مثل دية الحر المسلم.

واختلف المذهب في دية المرتد على ثلاثة أقوال: فقيل: كدية المجوسي قاله ابن القاسم وأشهب وأصبغ، في كتاب ابن سحنون وقيل: كدية من ارتد إليه ورواه سحنون عن أشهب وكلاهما حكاه الباجي، وقيل: لا شيء فيه حكاه ابن رشد في مقدماته، ولم يعزه كالأولين وعزاه في البيان لأشهب، وسحنون.

قال ابن عبد السلام: وهو الظاهر سواء قلنا بوجوب الاستتابة أو باستحبابها غير أنه إذا قيل بوجوبها فقد يظهر لوجوب الدية وجه، وهذه المسألة تشبه قتل الكافر إذا قتل قبل الدعوة هل تكون فيه الدية أم لا ؟

قلت في تعليق الطرطوشي: من لم تبلغه الدعوة بحال كمن هو في جزيرة إن قتل لا يضمن ومن قول مالك إن أقام مسلم بدار الحرب مع القدرة على خروجه لا دية فيه.

(وفي اليدين الدية وكذلك في الرجلين أو العينين وفي كل واحد منهما نصفها):

يريد أن الدية كاملة في مجموع اليدين سواء قطعت الأصابع خاصة أو قطعت من

---

(١) رواه سيدنا الشافعي في المسند (ص٣٤٤).

(٢) رواه النسائي (٤/٤٥)، وابن ماجه (٢/٨٣٨).

(٣) رواه الترمذي (٨/٢٥)، والنسائي (٨/٤٥).

الكف أو مع الذراع أو قطعت اليدان من المنكب، وهذا الذي قلناه هو قول مالك من رواية أشهب مستدلاً باستكمال دية الذكر بقطع الحشفة فتكون ديته كدية قطعه من أصله ولو قطع كفه وليس فيها إلا إصبع واحد فله دية الإصبع، واستحسن ابن القاسم في كف حكومة.

وقال أشهب: لا شي له في الكف ما بقي له شيء فيه دية، واتفقوا إذا بقي الكف خاصة ففيها حكومة وإنه إذا لم يذهب إلا إصبع واحد لا شيء له فيما بقي من الكف.

واختلفوا فيما بين ذلك فجعل ابن القاسم الإصبع قليلاً كما لو لم يبق فيها شيء وجعل أشهب وجودها مانعا من أخذ الحكومة ووافقه على ذلك سحنون قاله ابن القاسم في الإصبعين وجعل عبد الملك الثلاثة من حيز القليل فله في الكف عنده بحساب ما ذهب من الأصابع.

وقال المغيرة: إذا ذهب منها إصبعان ثم قطع بعد فإن أخذ في الإصبعين عقلا وقودا فله عقل ثلاثة أصابع ولا حكومة له، وما ذكر الشيخ أن في الرجلين الدية صحيح لأنه بنص رسول الله ﷺ وسواء قطعت الأصابع وحدها أو الأصابع مع الرجل أو الرجل بإصبعها إلى الركبة وكذلك إلى الورك.

قال الفاكهاني: روينا قول الشيخ بالياء في الرجلين والعينين والوجه فيه، وكذلك الرجلان والعينان ويبعد فيه تقدير في عند البصريين إذ لا يحذف الجر ويبقى عمله عندهم قياسًا.

(وفي الأنف يقطع مارنُه الدية):

ما ذكر هو مذهب المدونة وهو المشهور، وفي المبسوط عن مالك أنه يعتبر من أصل الأنف.

قال ابن الحاجب: والأصح هو الأول وصحح غيره القول الثاني لموافقته ظاهر ما في كتاب عمرو بن حزم، وفي الأنف إذا أوعب جدعا مائة من الإبل، والمارن ما فوق العظم الذي هو أصل الأنف ويسمى أيضًا الأرنبة والرونة قاله أشهب، وإذا فرعنا على ما قال الشيخ وقطع بعض المارن كان فيه بحسابه، ويقاس من المارن لا من الأنف وكذلك لو قطع الأنف كله لما وجبت فيه إلا دية واحدة، وهذا كما أن الذكر إذا قطع من أصله وجبت فيه الدية وإذا قطعت الحشفة فكذلك وإذا قطع بعض الحشفة نظر المقطوع منها فبحسابه منها يجب من الدية لا من أصل الذكر قاله في المدونة والمجموع والموازية.

وأما الشم فروي عن مالك أن فيه حكومة، وقال أبو الفرج: فيه الدية وكلاهما

نقله ابن زرقون وقال اللخمي: واختلف إذا ذهب الشم والأنف معًا فقال ابن القاسم: فيهما معًا دية واحدة، وقال ابن الجلاب: القياس ديتان والأول أحسن قياسًا على الذكر واللسان.

(وفي السمع الدية):

يعني إذا لم يسمع بشيء من أذنه فيجب عليه الدية بلا خلاف وفي إبطال أحدهما نصف الدية وما نقص فبحسابه، ويعرف ذلك بأن يصاح من مواضع عدة مختلفة الجهات، وتكون الأذن الصحيحة مسدودة فإذا لم يضطرب قول المجني عليه بل تساوت الأماكن التي بلغ سمعه إليها سدت تلك الأذن الناقصة وفتحت الأذن الصحيحة وصيح حينئذ ثم يقدر أهل المعرفة ما نقصه من السمع ويلزم ذلك الجاني، وحكي نحو هذا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وسكت في المدونة عن يمينه ونص في غيرها على لزومها.

قال بعض الشيوخ: وينبغي أن يختلف فيه؛ لأن ذلك يمين تهمة إذ الجاني لا يحقق دعوى المجنى عليه، وإنما هو متهم له فإن اختبر، واختلف قوله لم يكن له شيء.

وقال عيسى بن دينار: له الأقل مع يمينه.

واعلم أنه إن لم يكن يسمع إلا بأذن واحدة ففيها ما تقدم نصف الدية.

قال الفاكهاني: انظره مع قولهم في عين الأعور الدية الكاملة.

قلت: فرق ابن القاسم بين عين الأعور وغيرها بالسنة قاله في المدونة.

قال ابن الجلاب: فإذا ذهب السمع والأذن بضربة واحدة ففيهما دية واحدة قاله ابن القاسم، والقياس عندي أن تكون فيهما دية وحكومة أو ديتان على اختلاف الروايتين.

واختلف في أشراف الأذنين فقيل: فيهما دية، وقيل حكومة حكاهما القاضي عبد الوهاب.

(وفي العقل الدية):

قال ابن رشد في مقدماته: محل العقل القلب لا الدماغ عند مالك خلافًا لابن الماجشون، وما ذكر الشيخ أن العقل فيه الدية صحيح، وكيف لا تكون فيه الدية، وهو أفضل صفات الإنسان فإذا وجبت الدية في السمع وشبهه فلأن تجب فيه أحرى ولو ذهب بعض العقل فبحسابه، وقدر اللخمي بالأيام وشبهها من الشهر فإن كان يذهب عقله يومًا وليلة في الشهر وجب له جزء من ثلاثين وهكذا.

(وفي الصلب ينكسر الدية):

اختلف في المسألة على أربعة أقوال: فقيل: إن امتنع من القيام والجلوس وجبت الدية كاملة وإلا فلا.

وقيل: إن تعذر القيام فقط وجبت الدية، وإن لم يتعذر الجلوس قاله مالك، وقيل: فيه الدية إذا انطوى.

قال اللخمي: يريد إذا صار كالراكع، وقال عبد الملك في كتاب ابن حبيب: في الصلب الدية إن انكسر فلم يقدر على الجلوس ثم على هذه الأقوال فما نقص فبحسابه، واتفق المذهب على أنه إذا ضرب على صلبه فبطل بذلك قيامه وجماعه فإنه يلزمه فيه ديتان.

(وفي الأنثيين الدية):

خرج النسائي في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في البيضتين الدية، وروي عن ابن المسيب أنه قال: في البيضة اليسرى نصف الدية وفي اليمنى الثلث، فقيل له: لم ؟ فقال: إن اليسرى إذا ذهبت لم يولد له وإذا ذهبت اليمنى ولد له.

قال ابن حبيب: وقيل: في اليسرى دية كاملة قال اللخمي: يريد لما قيل: إن النسل منها خاصة، ولو قطع الذكر والانثيين بضربة كان فيها ديتان.

قال ابن حارث: اتفاقًا وهو قصور لنقل اللخمي رواية القاضي عبد الوهاب فيهما معًا دية واحدة وإن كان واحدة بعد أخرى فمذهب المدونة والمجموعة والموازية ديتان مطلقًا، وقال ابن الماجشون في الأول منهما قطعا الدية كاملة وفي الذكر إن كان هو الآخر الدية أيضًا كاملة وإن كان الانثيين فحكومة.

قال الفاكهاني: ذكر هذا القول مكي في تذكرته.

قلت: وعزاه اللخمي لابن حبيب ونقل الباجي عن مالك أن قطع الذكر أولا وآخرًا ففي الآخر الحكومة وعن ابن حبيب إن قطعهما بعد الذكر فلا دية فيهما، وفي الذكر الدية قطع قبلهما أو بعدهما، وقيل: أيهما قطع قبل صاحبه ففي الثاني حكومة حكاه أبو الفرج عن مالك فيتحصل في ذلك خمسة أقوال.

(وفي الحشفة الدية):

ما ذكر هو المنصوص وخرج اللخمي من أحد القولين في الأنف أن الدية لا تجب فيه إذا قطع من أصله لا من المارن قولاً هنا بأن الدية لا تجب في الحشفة وحدها بل بقطعه من أصله.

قال ابن عبد السلام: وفي هذا التخريج بعدٌ؛ لأن في الحديث أن الأنف إذا أوعب جدعا الدية وروي هنا في الحشفة الدية فلا يبعد أن يفرق بينهما باتباع ما روي والله أعلم، ولو قطع عسيبها بعدها فحكومة كالكف بعد الأصابع.

وأما قطع أليتي المرأة أو الرجل فقال ابن القاسم في المدونة: فيهما حكومة. قال الباجي، وقاله ابن وهب وقال أشهب: فيهما من المرأة الدية الكاملة.

(وفي اللسان الدية وفيما منع منه الكلام الدية):

قال التادلي: الألسنة ثلاثة غير ناطق فيه الحكومة ولسان الصبي، قال مالك: يتربص به إذ لعله ينبت فلا دية وإلا فله الدية، وإذا قطع لسان الناطق ففيه دية كاملة فإن قطع ما لا يمنع النطق شيئًا فحكومة؛ لأن الدية للنطق لا له، ولذلك كان في لسان الأخرس حكومة.

(وفي ثديي المرأة الدية):

يريد وكذلك قطع حلمتيهما وكذلك إن بطل اللبن قاله ابن القاسم، ولو بطل اللبن فأخذت الدية ثم عاد ردت.

(وفي عين الأعور الدية[1]، وفي الموضحة خمس من الإبل):

---

(١) قال الشيخ زروق: هو منفرد في الإنسان فتكمل فيه الدية وحده ومنها ما هو مزدوج فتكون الدية فيه وفي مثله وهي أحلهما نصف الدية قال في المدونة الأعين الأعور للسنة فإن فيها الدية كاملة وقد ذكر الشيخ اثني عشر موضعا دون عين الأعور وجمعها الغافقي في رجز بوجه حسن فقال:

وكل شيء هو في الإنسان ... منفرد وليس منه اثنان
فدية الإنسان فيه تكمل ... في كل جسم خمسة تحصل
أول ما يذكر منه عقله ... ثم اللسان يعطى ذاك مثله
والأنف والذكر ثم الصلب ... وكلها منصوصة في الكتب
وما يكون منه اثنان في الجسد ... فجملة الدية فيها تعد
وهي سبع في جميع الأبدان ... جملتها العينان ثم الأذنان
وبعدها فعدد اليدين ... وصلهما في ذاك بالرجلين
والشفتان ثم الأنثيان ... وبعدها في المرأة الثديان

وعلى الاثنى عشر اقتصر في الجواهر وفي المقدمات فيما يجني على الرجل ثمان عشرة دية على خلاف فيه إحدى عشر في رأسه العقل والسمع والبصر وإشراف الأذنين عند أشهب والشم =

ما ذكر هو مذهبنا وبه قال الزهري، وربيعة، وقضى به عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما، وقاله ابن عمر والليث بن سعد، وقال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما فيها نصف الدية، قاله الشافعي، وعطاء.

قال أشهب: محتجا لقول مالك لأن ينظر بالعين الواحدة ما ينظر بالعينين معًا، ولا يعمل بيد واحدة ما يعمل باليدين، وعبر الفاكهاني عن أشهب ببعضهم، واعترضه بأنها دعوى محتاج عليها لدليل وأي فرق بين الأعور، ومن لا يسمع إلا بأذن واحدة ثم لا يقال فيها أيضًا انتقل السمع إليها.

قلت: وفرق ابن القاسم بين عين الأعور وغيرها بالسنة ومثله قول ابن الحاجب، وفي عين الأعور الدية كاملة بخلاف كل زوج في الإنسان لما جاء في السنة قال ابن

=

على خلاف فيه والأنف والذوق والكلام والشفتان والشوى والأضراس والأسنان يجتمع فيها على قول مالك أكثر من دية والتي في الجسد اليدان والرجلان والصلب والذكر والأنثيان وإذهاب الجماع قال وفي المرأة ثمان عشرة أيضًا ليست في الرجل الشفرتان والحلمتان والأليتان.

زاد ابن الفاكهاني في المرأة الإفضاء وهو خلط السبيلين وعزاه لابن القاسم وقال اللخمي تجب الدية إذا أجذمه أو أبرصه أو سقاه سما أو سود جلده أو وجهه وقال عبد الملك تجب في هدم عظام الصدر وقال ابن عبدوس فيه حكومة وقال عبد الوهاب الحكومة أن يقوم المجني عليه لو كان عبدا سليمًا ثم يقوم بالجناية فما نقص من ديته جعل من قيمته بالغا ما بلغ وإنما تتعلق الدية بالمنفعة المقصودة التي هي الزينة والإفادة فيما أعد العضو له فالمعتبر في العينين إذهاب ضوئهما وإن بقيت العين بحالها وفي اليد ذهاب نفعها فشلل اليد كقطعها وقطعها من الكف كقطعها من الأصابع وقطعها من الأصابع كقطعها من الكتف ومنفعتها في أصابعها وفي المدونة إن لم يكن في الكف أصبع ففي قطعها أو بعضها حكومة وإن كانت فالدية على قدر الأصابع الشيخ.

وروى ابن نافع إن دخلها نقص ففيه من ديتها بقدر ما نقص منها أو من جمالها زاد اللخمي اعتبار القود من الأصابع لا من جملة اليد والرجلان في ذلك كاليدين بل كل عضو يعتبر فيه ما ذكر من الذهاب والنقص وتفصيل ذلك يطول فانظره في الأصول وانفردت عين الأعور بكمال الدية من بين المزدوجات لرجوع ضوء الأخرى إليها وعلله المدونة بالسنة وقال به ابن المسيب والحسن والزهري ويحيى بن سعيد وعبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون والد عبد الملك والليث بن سعد وغيرهم خلافًا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما أن فيها نصف الدية والله أعلم.

وفي المدونة ليس في ثدي الرجل إلا الاجتهاد فانظر ذلك.

عبد السلام: وفيه نظر فإن ظاهر السنة مع المخالف؛ لأن في كتاب عمرو بن حزم في العين خمسون.

واختلف المذهب في ذكر العنين والخصي فقيل: تجب فيه الدية، وقيل: بل حكومة، وكذلك ما ليس فيه إلا الجمال كأشفار العينين فيه حكومة عندنا، ومعنى الحكومة هو أن يقوم المجني عليه عبدًا سالما بعشرة مثلاً ثم يقوم مع الجناية بتسعة فالتفاوت عشر فيجب عشر الدية قاله الشافعي وتبعه أصحابنا البغداديون وفي تفسير ابن مزين أن الحكومة أن ينظر الإمام أو الحاكم على قدر اجتهاده، ومن يحضره معه، وذكر أبو عمران في تعليقه القولين كما تقدم قائلاً: هو الذي كنا نقول قبل أن نظهر على قول ابن إدريس.

قلت: وذكر غيره أن القول الأول معزو لمالك ومثله في كتاب أبي الفرج وهو نص ابن الجلاب، وأن القول الثاني ذكره في النوادر لأشهب، وأما لو قطع من لحمه بضعة فإنه يجب القصاص، ويعتبر في البضعتين المساواة في المقدار طولا وعمقًا إن أمكن لسمن المجروح ونحافة الجارح، ولا شك في اعتبار محلها، وهذه المسألة داخلة في عموم قوله تعالى: ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [المائدة: ٤٥] ولا قود في اللطمة باتفاق وفي ضربة السوط القود على المشهور، وقاله ابن القاسم، وروي عن مالك لا قود فيه كاللطمة نقله سحنون وعزاه في المجموعة لأشهب قائلاً: لأنه لا يعرف أحد تلك الضربة والضرب من الناس مختلف.

قال شيخنا أبو مهدي رحمه الله تعالى: ويفرق لابن القاسم بأحد أمرين أحدهما إما لنهيه ﷺ عن لطم الوجه، وإما لأنه رأى أن الضرب بالسوط ينضبط بخلاف اللطمة.

(وفي السن خمس):

من الإبل ظاهر كلام الشيخ لا فرق بين أن تكون من مقدم الفم أو مؤخره، وهو كذلك؛ لأن السن تصدق على الأضراس وغيرها، ففي الفم اثنان وثلاثون سنا خلافًا للخمي في قوله: الأسنان اثنا عشر سنا والأضراس عشرون.

وقال ابن شعبان: للرجل الألح اثنان وثلاثون وللكوسج ثمانية وعشرون سنا.

قال اللخمي: يريد لأنه لا نواجذ له واسودادها كزوالها قاله في المدونة خلافًا للشافعي في قوله فيه حكومة وفي الموازية عن أشهب قال عمر وعلي وابن المسيب وعدد من التابعين: إذا اسودت وجب عقلها ولم يبلغني عن أحد خلافه، وسئل

القرويون رضي الله عنهم عمن أطعمته زوجته ما اسود به لونه فوقفوا فقال أحمد بن ناصر هي في المدونة وأوجب الدية أخذا من قولها في السن إذا اسودت وأول ما وقفت على الإقامة المذكورة للشيخ المذكور في حال صغرى في تأليف الشيخ أبي بكر المالكي المسمى برياض النفوس وسلمها كغيره.

وقال بعض شيوخنا: قد يفرق بلزوم البياض للسن وسواد بعض الآدميين ولو قلع سن سوداء فكغيرها وسن الصبي الذي لم يثغر يوقف عقلها إلى الإياس كالقود.

قال ابن عبد السلام: وهذا ربما يظهر في الخطأ وأما في العمد فالمتبادر إلى الذهن وجوب القصاص وسواء نبتت أو لم تنبت؛ لأن المقصود من القصاص إنما هو إيلام الجاني بمثل ما آلم به المجنى عليه، ولكن يجاب عن هذا بأنه لو وجب فيه القصاص لوجبت الدية والإلزام باطل.

(وفي كل إصبع عشر من الإبل وفي الأنملة ثلاث وثلث):

الإصبع مؤنث بلا خلاف وقد قدمنا أن في الإصبع عشرة لغات منها قول الشيخ: وإن استاك بإصبعه، وفي الأنملة لغتان أصحهما الفتح في الميم والضم طردي.

وظاهر كلام الشيخ من غير تفضيل بعض الأصابع على بعض وهو كذلك عندنا وللسلف في تفضيل بعض الأصابع على بعض كلام يطول ذكره ولو قطعت يد لها أربع أصابع فله دية أربع أصابع قاله أشهب، وابن القاسم في المدونة.

قال اللخمي: اختلف فيمن له ستة أصابع فلابن القاسم في العتبية إن كانت السادسة قوية ففيها عشر ولو قطعت عمدًا إذ لا قصاص فيها وفي كل يدها ستون وإن كانت ضعيفة ففيها حكومة إن انفردت مع اليد لا يزاد لها شيء، وقال ابن سحنون عنه إذا قطعت يد خطأ ففيها نصف الدية فقط وقيل: حكومة في الزائد ولم يفرق بين قوية وضعيفة، وقول ابن القاسم أبين.

(وفي كل أنملة من الإبهامين خمس من الإبل):

ما ذكر الشيخ هو قول مالك قال ابن المواز وذكر عنه أنه رجع عن ذلك وقيل: إن فيها ثلاث أنامل وكذلك روى عنه سحنون أنه رجع إلى ذلك قال: وأخذ أصحابنا بالقول الأول.

قال الفاكهاني: وأما إبهام الرجلين ففي كل واحد أنملتان ولم يذكر أن في ذلك خلافًا.

قلت: وقال اللخمي: بعد أن ذكر ما تقدم عن محمد بن المواز: المسألة تحتمل القولين جميعا أن يقال فيها أنملتان؛ لأن ذلك هو البائن منها وإن يقال فيها ثلاثة؛ لأن

الثالث وإن لم يكن بائنًا فهو متحرك بحركة الإبهام عن استعمال البائن من ذلك، واستعمال الإبهام بالجميع البائن وغيره، وهو أقيس، ويريد الشيخ في أقل من أنملة بحساب ذلك الأقل.

(وفي المنقلة عشر ونصف عشر والموضحة ما أوضح العظم والمنقلة من طار فراشها من العظم ولم يصل إلى الدماغ وما وصل إليه فهي المأمومة ففيها ثلث الدية، وكذلك الجائفة وليس فيما دون الموضحة إلا الاجتهاد وكذلك في جراح الجسد ولا يعقل جرح إلا بعد البرء):

المنقول بكسر القاف المشددة قاله الجوهري.

(وما برأ على غير شين مما دون الموضحة فلا شيء فيه):

قال الفاكهاني: ظاهره أنه لا يعطى أجر الأدوية ولم يقل به مالك، وقيل: يعطى ما أنفق من الأدوية قاله الفقهاء السبعة رضي الله تعالى عنهم.

قلت: وأخذه بعضهم من قول مالك بوجوب رفو الثوب قال بعض شيوخنا: وهو أخذ أحروي لأن الدماء آكد من الأموال وأراد الشيخ بقوله: ولم يقل به مالك أي لم يقل بأن له الأجرة، بل قال: مثل ظاهر كلام الشيخ إذا قيل له من انكسرت فخذه ثم انجبرت مستوية له ما أنفق في علاجه قال: ما علمته من أمر الناس أرأيت من برأ على غير شين أتكون له قيمة الشين وما أنفق.

(وفي الجراح القصاص في العمد إلا في المتألف مثل المأمومة والجائفة والمنقلة والفخذ والأنثيين والصلب ونحوه ففي كل ذلك الدية):

يعني: أن الجراح على قسمين منها ما هو غير المتلف ومنها ما هو متلف فالأول قال الشيخ: فيه القصاص، ويعني بذلك إذا تحققت فيه المماثلة.

وأما ما لا تتحقق فيه المماثلة فعلى ضربين ضرب لا تتأتى فيه المماثلة كالبياض العين فهذا لا قصاص فيه وضرب قد تتأتى فيه المماثلة والغالب نفيها ككسر العظام فحكى القاضي عبد الوهاب في ذلك روايتين وذكر في المدونة عن مالك أنه يقاد من الظفر وفي غيرها عنه: أنه لا يقاد بناء على أنه كالعظم أو كالشعر.

وأما المتلف فذكر الشيخ أنه لا قصاص في المأمومة الجائفة، وهو كذلك باتفاق لنصه ﷺ بذلك وما ذكر أنه لا قصاص في المنقلة هو المشهور.

قال اللخمي: وروي عن مالك القصاص فيها حكاه عبد الوهاب.

قلت: وذكره ابن الجلاب أيضًا قال ابن زرقون قال محمد بن عبدالحكم القصاص

في كل جرح ولو كان متلفا إلا ما خصصه الحديث عنه من الجائفة والمأمومة وقال ربيعة: القصاص عموما ولم يستثن شيئًا وحيث لا قصاص فلا بد من الأدب قاله في المدونة.

(ولا تحمل العاقلة قتل عمد ولا اعترافا به):

قال الفاكهاني: روينا ولا اعتراف بغير تنوين والصواب تنوينه وكذلك هو في بعض النسخ، واختلف في المقر بالخطأ على خمسة أقوال: فقيل تكون الدية في مال المقرر وحده، وقيل: على العاقلة بقسامة في رواية ابن القاسم، وأشهب، وكلاهما في المدونة في كتاب الصلح، وقيل: تسقط الدية مطلقًا حكاه عبد الوهاب، ونحوه حكاه ابن ميسر عن ابن وهب، وابن القاسم.

وقيل: تقسط عليه، وعلى العاقلة فيلزمه منها ما يخصه، ولا يلزم العاقلة شيء حكاه ابن الجلاب عن رواية ابن وهب، وهو قول ابن دينار وغيره وفي المدونة في كتاب الديات إن اتهم أنه أراد غناء ولد المقتول كالأخ والصديق لم يصدق، وإن كان من الأباعد صدق إن كان ثقة مأمونا ولم يخف أن يرشى على ذلك، وأطال عياض رحمه الله الكلام عليها في كتاب الصلح، وحصل فيها ستة أقوال وهو أحسن من تكلم عليها.

(وتحمل من جراح الخطأ ما كان قدر الثلث فأكثر، وما كان دون الثلث ففي مال الجاني):

ما ذكر الشيخ هو مذهبنا خلافًا للشافعي في قوله تحمل القليل، والكثير إلى غير ذلك من المذاهب.

(وأما المأمومة والجائفة عمدًا فقال مالك ذلك على العاقلة، وقال أيضًا: إن ذلك في ماله إلا أن يكون عديما فتحمله العاقلة؛ لأنهما لا يقاد من عمدهما وكذلك ما بلغ ثلث الدية مما لا يقاد منه؛ لأنه متلف):

ما ذكر الشيخ من القولين كلاهما في المدونة والذي رجع إليه مالك منهما هو القول الأول. قال ابن القاسم فيها: وبه أقوال. قال الفاكهاني: ترك الشيخ قولاً ثالثًا لمالك أيضًا أنها تكون في ماله وليس على العاقلة شيء، وإن كان عديما وذكره ابن الجلاب.

قلت: وذكر ابن زرقون هذه الروايات أيضًا وعزا ابن هارون هذا القول لظاهر ديات المدونة.

(ولا تعقل العاقلة من قتل نفسه عمدًا أو خطأ):

ما ذكر هو مذهبنا وقال الأوزاعي من أخذ يضرب بسيفه في العدو فأصاب

نفسه فعلى عاقلته الدية ونحوه عن أحمد بن حنبل رضي الله عنه وروي أن رجلاً فقأ عين نفسه خطأ فقضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بديتها على عاقلته، وقال أصابته يد من أيدي المسلمين وقال الفاكهاني: لا أعرف من خالف في الخطأ سوى الأوزاعي.

(وتعاقل المرأة الرجل إلى ثلث دية الرجل فإذا بلغتها رجعت إلى عقلها):

قال في المدونة: في كتاب الجراحات: والمرأة تعاقل الرجل إلى ثلث ديته فإذا بلغت إلى ذلك رجعت إلى عقل نفسها، وقصد بقوله: تعاقل أي تساوي قال فيها: وتفسير ذلك أن لها في ثلاثة أصابع، ونصف أنملة أحدا وثلاثين بعيرا وثلثي بعير وهي والرجل في ذلك سواء وإن أصيب منها ثلاث أصابع وأنملة رجعت إلى عقلها وكان لها من ذلك ستة عشر بعيرًا وثلث بعير ونحوه في الموطأ قال ربيعة لابن المسيب لما عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراقيٌّ أنت؟ قلت: بل عالم متثبت أو جاهل متعلم قال: هي السنة يا ابن أخي وظاهر لفظه هذا يدل على أنه أرسله عن النبي ﷺ.

(والنفر يقتلون رجلاً فإنهم يقتلون به)[1]:

---

(١) ما جاء في النفر من المسلمين يقتلون رجلاً من أهل الذمة.
قلت: أرأيت إذا اجتمع نفر من المسلمين في قتل رجل من أهل الذمة خطأ أتحمل الدية على عواقلهم في قول مالك؟ قال: قال مالك: إذا قتل رجل من المسلمين رجلاً من أهل الذمة خطأ كانت الدية على عاقلته قلت: وكذلك أيضًا إذا كانوا جماعة فالدية على عواقلهم؟ قال: نعم قلت: أرأيت إذا جرح الرجل المسلم رجلاً من أهل الذمة وقطع رجليه أو يديه عمدًا أيجعل هذا على عاقلة الرجل المسلم أم يجعل ذلك في ذمته؟ قال: بل في ماله ولا أقوم بحفظه عن مالك قلت: لم جعلت هذا في مال الجاني ولم تجعله على العاقلة وقد قلت لي في المأمومة والجائفة عن مالك إن عمد ذلك على العاقلة إذا كانت بين المسلمين لأنها وقعت حين وقعت ولا قصاص فيها فهذا أيضًا قد وقع حين لا قصاص بينهما فلم لا تجعل هذا على العاقلة؟ أرأيت إن أصاب المسلم هذا الذمي بمأمومة عمدًا أتجعلها على العاقلة أم لا؟ والمأمومة ثلث دية النصراني وقد قلت إنما ينظر إلى المجروح أو الجارح فأيهما بلغت الجناية ثلث ديته حملتها العاقلة؟ قال: المأمومة والجائفة لم يكن ذلك عند مالك بالأمر البين كالسنة أن العاقلة لا تحمل - عند مالك - ولكنه استحسنه قال ابن القاسم: وقد اجتمع أمر الناس أن العاقلة لا تحمل العمد قال: فأما المأمومة والجائفة فقد قال مالك فيهما ما قال وقد كان مالك يقول فيهما - أكثر دهره - إنهما في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال حملت ذلك العاقلة ويقول: إنما رأيت ذلك لئلا يبطل جرحه لأنه لا قود فيه فلما كان هذا الجاني عديما وكانت الجناية لا قود فيها حملها على العاقلة ثم رجع فجعلها على العاقلة بضعف قال: وقال لي مالك آخر ما كلمته فيها ما هو عندي بالأمر البين: إنه على العاقلة فأرى في مسائلك هذه كلها في جراح المسلم =

النفر والنفير عدة رجال من ثلاثة إلى عشرة قاله الفاكهاني عن أهل اللغة، وظاهر كلام الشيخ ولو كثروا جدًا وهو كذلك ويعني سواء باشروا القتل كما لو جرحه كل واحد جرحا أو ضربه كل واحد سوطًا وهم قاصدون قتله أو باشر بعضهم القتل والباقون بحضرته.

واختلف قول ابن القاسم إذا أنفذ رجل مقاتل رجل وأجهز عليه آخر فقال مرة في سمع يحيى يقتل الأول ويعاقب الثاني، وقال مرة في سماع أبي زيد بعكسه، وبالأول قال أشهب، واختاره غير واحد كابن رشد قال ابن عبد السلام، ولكن قد يلزم عليه أمور شنيعة وهو أنه إذا كان يتعين على الأول القصاص لأنه هو الذي قتله حقيقة فهو من حينئذ كالميت فلا تجوز وصاياه، وقد ذهب إلى ذلك أصبغ، وهو خلاف ما أجمع عليه الصحابة، ويلزم أن لا يخاطب بالصلاة إلى ذلك، وقد أوصى عمر بن الخطاب رضي الله عنه وصلى على تلك الحالة وأنفذ المسلمون وصاياه وأشار إلى لزوم الصلاة له حينئذ بقوله: ولا حظ في الإسلام لمن ترك الصلاة، وأشار بعض الشيوخ يعني به ابن رشد إلى أنه لو قيل بقتلهما معًا ما كان بعيدا.

قال ابن شاس، واختلف المذهب إذا حفر رجل حفرة لشخص معين لكي يقع فيها فوقف الرجل على شفيرها فرداه آخر فقال القاضي أبو الحسن يقتلان معًا للاعتداء، وقال القاضي أبو عبد الله بن هارون البصري يقتل المردي دون الحافز تغليبًا

=

النصراني أو في نفسه إن ذلك في ماله إلا في مأمومته أو جائفته فذلك على العاقلة في رأيي قلت: أرأيت العبيد هل بينهم القصاص في النفس وفيما دون ذلك؟ قال: نعم بينهم القصاص عند مالك في جراحاتهم وفي النفس في قول مالك قلت: والذكر والأنثى بينهم القصاص في النفس وفيما دون النفس في قول مالك سواء؟ قال: نعم قلت: أرأيت إن قال سيد العبد المقتول: إذا كان القتل عمدًا أنا استحييه على أن آخذه؟ قال مالك: إذا استحياه على أن يأخذه كان ذلك له وقيل لمولى العبد القاتل: ادفع عبدك أو افده بقيمة العبد المقتول قلت: وإن كان المقتول حرًا فقال وليه: أنا أستحييه على أن آخذه؟ قال: قال مالك: يقال لسيد العبد القاتل: ادفع عبدك أو افده بالدية قلت: أرأيت لو أن نفرا اجتمعوا على رجل فقطعوا يده عمدًا أيقتص من جماعتهم له وتقطع أيديهم في قول مالك؟ قال: نعم قال مالك: يقتص منهم جميعا وتقطع أيديهم بمنزلة القتل إذا اجتمعوا على قتل رجل قتلوا به جميعا قلت: أرأيت العينين بهذه المنزلة؟ قال: نعم قلت: أرأيت إن قطع يده من نصف الساعد عمدًا أيقتص منه في قول مالك؟ قال: نعم لأن مالكًا يرى القصاص في العظام إلا في الفخذ وما وصفت لك مما يخاف عليه. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/٦٥١).

للمباشرة.

قلت: قال بعض شيوخنا: الأظهر أن علم المردي بتقدم فعل الحافر وقصده قتلا معًا كبينة الزور مع القاضي العالم بزورها وإلا قتل وحده على رواية ابن القاسم في بينة الزور.

واختلف في قتل الأب إذا أمر ولده الصغير بالقتل وفي قتل المعلم على قولين، وكذلك القولان في السيد يأمر عبده وسواء كان العبد صغيرا أو كبيرا، وقيل: الفرق بين أن يكون العبد فصيحا فيقتل به، وبين أن يكون أعجميا فلا يقتل به، رواه ابن وهب عن مالك، ويقتل العبد إذا كان بالغا اتفاقًا، وكذلك اتفق المذهب لو قتل بعض أعوان الإمام رجلاً ظلما بأمر الإمام على قتلهما معًا.

(والسكران إن قتل قتل):

يقوم من كلام الشيخ من باب أحرى أن طلاقه يلزم وهو كذلك قال في المدونة: في كتاب الأيمان بالطلاق، ويلزم السكران طلاقه وخلعه وعتقه، وإن قتل قتل به فأطلقه غير واحد كابن يونس، وقال ابن رشد في النكاح الأول من بيانه السكران على قسمين طافح ونشوان فأما الطافح فهو الذي لا يميز بين الذرة والفيل، ولا يميز بين الرجل والمرأة فحكمه حكم المجنون غير أنه اختلف هل يقضي الصلاة أم لا؟ وأما النشوان فهو الذي معه شيء من التمييز ففيه أربعة أقوال:

الأول: لا يلزمه شيء قاله ابن عبد الحكم.

الثاني: يلزمه كل شيء قاله ابن نافع.

الثالث: تلزمه الأفعال دون الأقوال قاله الليث.

الرابع: تلزمه الجنايات والطلاق والعتاق والحدود ولا تلزمه الإقرارات ولا العقود قاله مالك، ومثل ما سلك ابن رشد، في أن الطافح لا يلزمه شيء باتفاق إلا في الصلاة ففيه اختلاف سلك أبو الوليد الباجي رحمه الله تعالى، ولم يتعرض للخلاف في الصلاة ولذلك تعقب على ابن الحاجب في قوله، وقال الباجي: المطبق به كالمجنون اتفاقًا إلا في الصلاة، وظاهر كلام غيرهما لا فرق بين الطافح وغيره؛ لأنه أدخله على نفسه اختيارًا وذلك يناسب عدم التفصيل، ولو تعرض السكران إلى الجانب العلي أسال الله السلامة من ذلك فقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله يلزمه حكم ما لفظ كغيره ولا يختلف فيه لحرمة الجانب العلي، وقال بعض من أدركناه من مشايخنا من القرويين: لا فرق بين هذه المسألة وغيرها على ظاهر كلام ابن رشد، وغيره، وهو الباجي فيختلف فيها.

قلت: ونص الشيخ أبو الحسن القابسي على أنه يقتل وقبله عياض في الشفاء.

(وإن قتل مجنون رجلاً فالدية على عاقلته):

خرج أبو داود عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبي حتى يحتلم**»[1].

قال ابن عبد السلام: وهذا الحديث قوي في الحجة لما في كتاب ابن المواز، وإن ما أصابه الجنون المطبق والصبي هدر من الدماء، والأموال، ولو قتل المجنون في حالة إفاقته فهو كالصحيح يقتص منه نص على ذلك في المدونة، ولو أشكل على البينة أقتل في حال عقله أو جنونه، فقال بعض من لقيناه: لا يلزمه شيء، وهو صواب.

وقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله معتلا بأنه شك في المقتضى لأن الحاكم لا يحكم عليه إلا بعد أن تشهد البينة أنه قتله في حال كونه في عقله.

قال الشيخ أبو محمد في المجموعة لابن القاسم: ما جنى المجنون في حال إفاقته من حد أو قتل فلم يقم عليه حتى جن أخر لإفاقته الحد والقصاص فإن أيس من إفاقته وقد قتل كانت الدية عليه في ماله، وقال المغيرة: يسلم إلى أولياء المقتول فيقتلونه إن شاءوا.

(وعمد الصبي كالخطأ وذلك على عاقلته إن كان ثلث الدية فأكثر وإلا ففي ماله):

ما ذكر مثله في المدونة وذلك في جناياتها وإذا جنى الصبي أو المجنون عمدًا أو خطأ بسيف أو غيره فهو كله خطأ تحمله العاقلة إن بلغ الثلث وإن لم يبلغ ففي ماله يتبعه به دينًا في عدمه والحكم ما تقدم إن كان مميزا باتفاق، وأما غير المميز فقال ابن الحاجب فقيل: المال في ماله والدية على عاقلته، وقيل: المال هدر كالمجنون وقيل: كلاهما وتقدم في الغصب اعتراض ابن عبد السلام ورده بعض شيوخنا عليه فانظره.

واختلف المذهب إذا اشترك بالغ عاقل في قتل رجل مع صبي وشبهه كالمجنون على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يجب على البالغ نصف الدية.

الثاني: القصاص بعد أن يقسم ولاة المقتول أنه من ضربه مات في الحال وبعد أن طال.

الثالث: أنه مات في الحال قتل هذا البالغ من غير قسامة كما لو انفرد ولو مات

---

(١) تقدم تخريجه.

المقتول بعد طول قتل بقسامة وكل من شاركه يجب على عاقلته نصف الدية، وهذه الثلاثة الأقوال ذكرها ابن الحاجب مطلقًا.

وقال ابن يونس في قول المدونة في قتل رجل وصبي رجلاً عمدًا يقتل الرجل ما نصه يريد إذا تعمدًا جميعا قتله وتعاونا عليه كما لو لم يباشر قتله إلا الصبي والرجل معين له حتى لو كان رجلان لقتلا معًا فحينئذ يجب قتل الرجل وإلا لم يقتل الرجل عند ابن القاسم كما لو كانت من رمية الصبي خطأ واللخمي نحوه، ولم يفرق ابن حارث بين معرفة ضربة غير المتعمد وجهلها، وهو ظاهر المدونة.

وقال اللخمي: إن افترق ضربهم وعملت ضربة كل واحد منهم ولم يقصدوا التعاون فلهم أن يقسموا على بعض الضربات لمات منها ويثبت القود والدية على العاقلة ثم استمر في كلامه فانظره.

(وتقتل المرأة بالرجل والرجل بها ويقتص لبعضهم من بعض في الجراح):

ما ذكر هو مذهبنا وذهب علي والحسن وعثمان رضي الله عنهم إلى أن أولياء المرأة إن قتلوا الرجل أدوا نصف الدية، وإن لم يقتلوا أخذوا ديتها الخيار لهم في ذلك.

(ولا يقتل حر بعبد ويقتل به العبد):

ما ذكر من أنه لا يقتل حر بعبد هو مذهبنا أيضًا وسواء كان قنا أو فيه عقد حرية من مكاتب، وأم ولد ومدبر ومعتق إلى أجل.

وقال أبو حنيفة: يقتل الحر بالعبد وبالمكاتب الذي لم يترك وفاء ولا يقتل بالمكاتب الذي يترك وفاء ولا بد أن يكون هذا العبد ملكًا لغير القاتل عنده.

وقال النخعي: يقتل بعبد نفسه، قال الباجي وقولنا هو إجماع الصحابة رضوان الله عليهم أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن عباس والزبير وزيد بن ثابت، ولا مخالف لهم وما روي من خلافه عن ابن مسعود فمرسل واتفقوا على أن العبد يقتل بالحر.

قال في جنايات المدونة فإن استحياه الولي خير السيد في إسلامه أو فدائه بالدية، وكذلك يخير في فدائه بالدية في قتله خطأ.

(ولا يقتل مسلم بكافر ويقتل به الكافر):

تقدم أن المسلم يقتل بالكافر في الغيلة فما ذكره الشيخ مخصوص بذلك، وما ذكره هو مذهبنا وبه قال الشافعي والثوري وابن شبرمة وأحمد وإسحاق وداود وغيرهم.

وقال أبو حنيفة: يقتل المسلم بالكافر، وبه قال ابن أبي ليلى، وهو قول عمر بن

عبد العزيز، والشعبي، وغيرهما.

واحتج أهل المذهب بما في الصحيح عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا يقتل مسلم بكافر**[1]»، واحتج الآخرون بما خرجه أبو داود في المراسيل عن عبد الله بن عبد العزيز الحضرمي، قال: قتل رسول الله ﷺ يوم خيبر مسلمًا بكافر قتله غيلة، وقال: «**أنا أولى وأحق من أوفى بذمته**»[2] قيل: وهو ضعيف السند مع ما يرد عليه من القول بالوجوب على أصل مذهبنا في إلحاق قتل الغيلة بالحرابة واحتج بعض الحنفية بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وهو لفظ عام في كل قتل.

وأجابه الفاكهاني بأن الكاف والميم في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ﴾ [البقرة: ١٧٨] خطاب للمؤمنين بلا خلاف أعلمه فلم يدخل الكافر في عمومه، ولأن الله تعالى ربط آخر الآية بأولها، فقال: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ﴾ [البقرة: ١٧٨] إلى آخر الآية فإذا نقص العبد عن الحر بالرق وهو من آثار الكفر فأحرى أن ينقص عنه الكافر، ولأن الله تعالى قال: ﴿فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨] ولا مداخلة بين المسلم والكافر فدل على عدم دخوله في هذا العموم والله أعلم.

(ولا قصاص بين حر وعبد في حر ولا بين مسلم وكافر):

يعني: فيما يرجع إلى الجراحات، والأول في القتل فلا تكرار والله أعلم.

(والسائق والقائد والراكب ضامنون لما وطئت الدابة وما كان منها من غير فعلهم أو وهي واقفة لغير شيء فعل بها فذلك هدر):

قال في المدونة: ما أهلكت الدابة بيدها أو رجليها وعليها مؤخر ومقدم فعلى عاقلة المقدم إلا أن يحركها المؤخر فعليهما إلا أن يعجز المقدم عن ردها فعلى المؤخر فقط.

واعلم أنه اختلف المذهب فيما إذا كان رجل راكبًا دابة وطارت حصاة من تحت حافرها فكسرت آنية مثلاً فقال الأشبيلي: هو ضامن لذلك، وقال ابن زرب: لا يضمن، وذهب بعض المتأخرين إلى الأول إن طارت بطرف حافرها، وإلى الثاني إن طارت من تحتها، ونص غير واحد كابن شاس أن الميزاب إذا سقط على شيء فأهلكه

---

(١) رواه البخاري (٥٣/١).

(٢) رواه الدارقطني (١٣٤/٣).

فإنه هدر، وهو نص المدونة في كتاب الديات، وقيده بعضهم بما يأتي.

واختلف المذهب في الجدار المائل إذا وقع على شيء فأهلكه فقال أشهب: يضمن صاحبه سواء تقدم إليه أم لا إذا بلغ الحائط ما يجوز تركه وكذلك لو تقدم إلى السلطان في هدم حائط على حسن النظر للرعية فهو ضامن.

وأما نهي الناس وإشهادهم فليس بلازم له وقيل: إن أنكر رب الحائط ما قيل من ميل الحائط فهنا يحتاج إلى التقديم إليه، وإن أقر بأن حائطه مخوف فههنا ينفع الإشهاد عليه دون الحكم قاله بعض فقهاء القرويين وكلاهما نقله ابن يونس، ومذهب المدونة أنه لا يضمن حتى يشهد عليه.

قال ابن عبد السلام: ومعناه من القاضي ولا ينفع إشهاد غير القاضي أو من له النظر في ذلك، وإن كان ظاهر المدونة عندهم أن الإشهاد من غير القاضي كاف في ذلك، وأشار ابن شاس إلى أن هذا الكلام إنما هو مقصور على الميل الحادث في الجدار الذي بني مستقيما ولو بني مائلا فربه يضمن بالإطلاق، وفي المدونة في كتاب كراء الدور والأرضين إذا ربط دابته على باب الدار فحرنت فكسرت أو قتلت ولدرب الدار فذلك جبار كقول مالك فيمن نزل عن دابته وأوقفها بالطريق لشراء حاجته أو أوقفها لباب المسجد أو الجامع: قال أبو حفص العطار: إن كان يعلم أنها تضرب برجلها فهو ضامن كمتخذ الكلب العقور حيث لا يجوز له يضمن وإن لم يتقدم إليه، وإنما يحتاج على التقديم إذا كان في داره فأما في الطريق فهو ضامن.

(وما مات في بئر أو معدن من غير فعل أحد فهو هدر):

دليله قوله ﷺ: «**البئر جبار والمعدن جبار**»[1]، وقال أهل اللغة: الجبار الهدر يقال: ذهب دمه جبارا قال التادلي: ويريد الشيخ إذا حفره في موضع يجوز له وإلا فهو ضامن.

(وتنجم الدية على العاقلة في ثلاث سنين وثلثها في سنة ونصفها في سنتين):

قال ابن عبد السلام: كانت الدية في الجاهلية تحملها العاقلة فأقرها رسول الله ﷺ في الإسلام وكانوا يتعاقلون بالنصرة فجرى الأمر على ذلك حتى فعل عمر الديون اتفق القول بذلك.

والعاقلة هي العصبة والموالي الأعلون وبيت المال لا سيما إذا قلنا: إنه وارث

---

(١) رواه النسائي (٥/٤٥).

والمحالف ليس منها، وفي الموالي الأسفلين قولان:

قال ابن المواز: أجمع العلماء على أن الموالي من الأسفلين لا يعقلون مع من أعتقهم وهو معنى قول ابن القاسم.

قال ابن رشد وقاله سحنون وليس قول ابن المواز بصحيح بل يعقلون معهم على سماع أصبغ، وابن القاسم هذا ومثله لابن كنانة في المدونة وفي كتاب الجنايات من المدونة، وهو قوله في المبتل في المرض إذا لم تكن لسيده أموال مأمونة إن جنايته جناية عبد لأن العاقلة لا تحمل له جريرة حتى يحمل هو مع العاقلة ما لزم العاقلة من الجرائر، وهذا الأخذ من المدونة سبقه به ابن حارث.

قال بعض شيوخنا: وفيه نظر لاحتمال أن يريد بالعاقلة عاقلة قومه أو عشيرته لا عاقلة معتقه.

قال ابن شاس: وفي دخول الجاني في التحمل روايتان وتبعه ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وهو خلاف قول الباجي ويؤدي الجاني مع العاقلة قاله مالك، ومن أصحابنا من قال: هذا استحسان وليس بقياس فمقتضى عزوه عدم دخوله لبعض الأصحاب أنه لا يحفظه رواية وعبر عنه اللخمي بقوله: وقيل: لا يدخل ويبدأ بالفخذ ثم البطن ثم العمارة ثم العصابة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل فإن لم تكن عصبة فالموالي فإن لم يكونوا فبيت المال إن كان الجاني مسلمًا وإن كان ذميا فأهل إقليمه من أهل دينه ثم يضم الأقرب الذي من كورهم ولا تضرب على فقير ولا على مخالف في الدين ولا على عبد ولا صبي ولا امرأة. وقول الشيخ ونصفها في سنتين هو قول مالك وعنه يجتهد في ذلك وكلاهما في المدونة.

(والدية موروثة على الفرائض):

قال الفاكهاني: هذا بلا خلاف أعلمه فيغير دية الجنين كما سيأتي.

(وفي جنين الحرة غرة عبد أو وليدة تقوم بخمسين دينارا أو ستمائة درهم وتورث على كتاب الله تعالى):

والأصل في ذلك قضاؤه صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو أمة فيما رواه البخاري ومسلم عن المغيرة، والرواية الصحيحة التي عليها الجمهور بالتنوين دون الإضافة وعبد بدل منه وذكر صاحب مطالع الأنوار: التنوين والإضافة نقله الفاكهاني.

ويعني الشيخ أن من ضرب حرة فألقت جنينا ميتا فإنه يلزمه دفع عبد أو أمة وهو معنى قوله غرة عبد أو وليدة إلا أن العلماء اختلفوا هل لفظة الغرة الواقعة في

الحديث بسبب اللغة زيادة على ذلك أم لا؟ فالمعلوم من مذهبنا أن ليس لها زيادة وإنما المراد بالغرة النسمة، وبه قال كثير من أهل العلم، ومنهم من قال بل هي مأخوذة من غرة الفرس، فلا بد عند من ذهب إلى هذا أن تكون من البيض أو تكون مأخوذة من الغرة بمعنى الخيار والأحسن لأن الغرة عند العرب أحسن ما يملك واستحب مالك هذا الوجه، ولم يره على الوجوب.

وقال ابن عبد البر: يشترط أن تكون من البيض لا من السود؛ لأن أصل الغرة البياض الذي في الوجه قال: ولولا النبي ﷺ أراد بالغرة معنى زائدا على شخص العبد والأمة لما ذكره، واعترضه الفاكهاني بأن قال: ما ذكره لا يلزم لأنه صلى الله عليه وسلم عبر عن الجسم كله بالغرة، وهو كقوله عتق رقبة قاله الجوهري في صحاحه.

قال ابن عبد السلام: ولم أر لأحد من أهل العلم حدا في سن الغرة، وقال الشافعي أقلها سبع سنين.

فيها وفي الحيوان وقد أكثر الشيوخ الاعتذار عنه وكذلك حكى بعض الحنفية عن مالك وجوب الشفعة هذا خلاف قول ابن رشد في مقدماته وذلك أنه لما ذكر قول الشافعي ووجهه بكون لا يفرق بينهما وبين أمها دون هذا السن قال، وهذا مما لا يختلف فيه إلا ما استحسنه مالك من أن تكون قيمتها خمسين دينارا أو ستمائة درهم وخلاف عزو ابن عبد البر قول الشافعي لبعضهم معه والمذهب أن ليس عليه أن يقبلها معيبة ولا بد أن تكون الغرة تساوي ما ذكره الشيخ، وإلا لم يجبر على أخذها نص على ذلك في المدونة.

قال اللخمي: وليس ببين لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام إنما أوجب الغرة من غير اعتبار القيمة وأثمان العبيد تختلف في البلدان وتختلف أثمانها في الأسواق وظاهر كلام الشيخ ولو تعددت الغرة تعدد ما ذكر وهو كذلك.

قال ابن عبد السلام: انظره مع المصراة وظاهر كلامه أيضًا ولو قصد إلى ضربها عمدًا وهو كذلك في قول أشهب وجعلها ابن الحاجب المشهور.

وقال ابن القاسم في المدونة والمجموعة إن تعمد الجنين بضرب بطن أو ظهر فالقود بالقسامة وألحق أبو موسى بن مناس ضرب الرأس بالبطن بخلاف ضرب الرجل وشبهها.

واختلف المذهب هل الغرة على الجاني أو على العاقلة فقيل عليه، وهو المشهور، وقال اللخمي: وروى أبو الفرج عن مالك أنها على العاقلة، وهذا الخلاف في

الخطأ إذا لم يبلغ ثلث الدية، وأما إذا بلغ ثلث دية الجاني فتكون الغرة على العاقلة، وفي المدونة وتورث الغرة على فرائض الله تعالى.

قال الباجي: قال ابن حبيب، وبه قال أصحاب مالك، وقال ربيعة: هي للأم فقط، وقال ابن هرمز هي للأبوين فإن انفرد أحدهما اختص بها وقاله مالك مرة ثم رجع إلى الأول وبقول ابن هرمز قال المغيرة.

قلت: وعزا ابن رشد في المقدمات قول المغيرة لابن دينار، وعبد العزيز بن أبي سلمة.

(ولا يرث قاتل العمد من مال ولا دية وقاتل الخطأ يرث من المال دون الدية):

ما ذكر الشيخ من أن قاتل العمد لا يرث من المال، ولا من الدية زعم بعض الشيوخ أنه مجمع عليه من سائر العلماء وقبله ابن عبد السلام ورد بنقل الفاكهاني عن شيخه أبي محمد الغمري الفرضي عن بعض العلماء أنه يرث في العمد والخطأ ويجاب بأن الواحد لا ينقض الإجماع، ومذهبنا أنه لا يحجب وقيل خارج المذهب أنه يحجب وما ذكر الشيخ في الخطأ هو قولنا وقال الشافعي: لا يرث من المال ولا من الدية، وخرج أبو داود في المراسيل عن ابن المسيب عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا يرث قاتل عمد ولا خطأ شيئًا من الدية**»[1] وخرج الدارقطني أن رسول الله ﷺ قام يوم فتح مكة فقال: «**لا يتوارث أهل ملتين وترث المرأة من دية زوجها وماله، وهو يرث من ديتها ومالها ما لم يقتل أحدهما صاحبه لم يرث من ديته وماله شيئًا، وإن قتل أحدهما صاحبه خطأ ورث من ماله ولم يرث من ديته**»[2].

ورواه محمد بن سعيد عن عمرو بن شعيب قال: أخبرني أبي عن جده قال عبد الحق عن محمد بن سعيد أظنه المصلوب وهو متروك الحديث عند الجميع قال الحوفي: وقاتل العمد والخطأ يرثان الولاء.

قلت: قال بعض شيوخنا، وقاله عبد القهار، ونقله عن المذهب وهو وهمٌ، قال أصبغ: لا يرث قاتل العمد الولاء.

قال ابن رشد: لا خلاف فيه لأحد من أصحاب مالك، وفيه نظر إذ لا يصح إلا على القول بإرث الولاء كالمال يستحقه الأقرب للميت لا للمعتق، وقياس قول

---

(١) رواه البيهقي (٦/٢١٩).

(٢) رواه الترمذي (٤/٤٢٤).

الجمهور: إرث قاتل العمد الولاء إن مات المولي بعد مدة لا يمكن أن يحيا إليها القتيل لو لم يقتل وإلا اتهم على إرث الولاء.

قلت: قال بعض شيوخنا: ويلزم مثله في النسب كقتل أخ لأب أحد أخويه الشقيقين، ومات الآخر لمدة لا يحيا إليها القتيل نعم لو قتل المولى والمعتق مشرف على الموت اتهم.

(وفي جنين الأمة من سيدها ما في جنين الحرة):

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة وكذلك جنين النصرانية من زوجها العبد المسلم.

قال اللخمي: ولأشهب في كتابه أن فيه عشر دية أمه، ولو كان زوج النصرانية مجوسيا كان فيه قولان هل فيه أربعون درهما على حكم الأب أو فيه عشر دية أمه ولو ذكر الشيخ هذه المسألة والتي بعدها عقب مسألة الغرة لكان أحسن لأنها منها.

(وإن كان من غيره ففيه عشر قيمتها):

ما ذكر الشيخ هو المشهور، وقيل: إنما يلزمه ما نقصها كالبهيمة قاله ابن وهب وظاهر كلام الشيخ فيما ذكر سواء زاد على الغرة أو نقص كان أبوه حرًّا أو عبدًا وهو كذلك نقله الباجي من رواية ابن نافع، وأما جنين الكتابية فهو على النصف من دية الحرة لما تقدم أن ديته على النصف من دية الحر المسلم.

(ومن قتل عبدًا فعليه قيمته):

ظاهر كلامه: وإن بلغت القيمة دية الحر أو زادت وسواء كان القتل عمدًا أو خطأ وهو كذلك قال في أول الديات من المدونة: وعلى قاتل عبيد أهل الذمة قيمتهم ما بلغت كعبيد المسلمين وإن كانت القيمة أضعاف الدية، وقال أبو حنيفة: ما لم تبلغ دية الحر فينقص منها عشرة دراهم.

(وتقتل الجماعة بالواحد في الحرابة والغيلة وإن ولي القتل بعضهم):

لا خصوصية لما ذكر بل وكذلك في غير الحرابة والغيلة كما تقدم إلا أن يريد بتحتم القتل في هذين ولا يصح العتق بخلاف غيرهما على أنه قد سبق له، وقتل الغيلة لا عفو فيه والله أعلم بمراده.

(وكفارة القتل في الخطأ واجبة عتق رقبة مؤمنة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ويؤمر بذلك إن عفي عنه في العمد فهو خير له):

لا يقال: إن ظاهر كلام الشيخ:

أولا: دل من باب أحرى على أن الكفارة تجب في العمد وهو مناقض لقوله.

ثانيًا: ويؤمر بذلك إن عفي عنه في العمد فهو خير له، وذلك كالنص في الاستحباب؛ لأنه معنى يوجب القتل فلم يوجب كفارة، ولأن قتل المؤمن عمدًا أعظم من أن يكفر قال الأبهري: ألا ترى أن الكبائر لا كفارة فيها كعقوق الوالدين.

وقال الشافعي: تجب الكفارة كالخطأ وما ذكر الشيخ هو كذلك بإجماع لأنه بنص التنزيل قال تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ﴾ [النساء: ٩٢] الآية، ويشترط في الرقبة ما تقدم في الأيمان والظهار من كونها سليمة من العيوب ومن الشركة فيها إلى غير ذلك.

قال ابن الجلاب: ومن لم يستطع الصوم فإنه ينتظر القدرة على العتق أو الصيام، ولا يجزئه الإطعام.

واعلم أن الكفارة المذكورة تجب في مال الصبي والمجنون نص على ذلك ابن شاس وتبعه ابن الحاجب، وقال بعض شيوخنا: ما ذكر ابن شاس واضح كالزكاة، ولم أجده لغيره من المذهب نصًّا بل في وجيز الغزالي.

قلت: وقبله ابن عبد السلام ووجه ذلك بكون الكفارة عوضًا عن النفس فأشبهت أعواض المتلفات ومرضه بقوله إن كان هناك دليل شرعي من إجماع وغيره يجب له التسليم فحسن وإلا فمقتضى النظر سقوطها عنهما وردها إلى خطاب التكليف وقد جعل الشرع عوضًا عن الرقبة الصيام الذي هو من خطاب التكليف، قال شيخنا أبو مهدي رحمه الله، لما نقلت له كلام ابن عبد السلام هذا بقوله أقول: واختلف قول مالك هل تجب الكفارة في شبه العمد أم لا ؟ على قولين ذكرهما ابن الحاجب، وفي استحبابها في الجنين روايتان أيضًا ذكرهما غير واحد والأولى منهما هو مذهب المدونة قال فيها قلت: من ضرب امرأة خطأ فألقت جنينا ميتا أعليه كفارة ؟ قال: قال مالك: إنما الكفارة في كتاب الله في قتل الحر خطأ واستحسن مالك الكفارة في الجنين.

فإن قلت: ما بال أبي سعيد البراذعي اختصرها سؤالا وجوابًا على ما هي في الأم وعادته أن لا يفعل ذلك إلا لمعنى من المعاني فما هو هذا المعنى ؟

قلت: قال بعض شيوخنا: لإشكال الجواب لعدم انحصار طرق الأحكام في نصوص القرآن.

(ويقتل الزنديق ولا تقبل توبته، وهو الذي يسر الكفر ويظهر الإسلام):

ما ذكر هو المشهور، وقال ابن زرقون في المبسوط: قال المخزومي، وابن أبي

حازم ومحمد بن مسلمة: لا يقتل من أسر دينًا حتى يستتاب والإسرار والإظهار في ذلك سواء.

قلت: وبه قال ابن لبابة قياسًا على المرتد؛ لأنه من الذين كفروا فيعتبر في معرفة انتهائه عن الكفر في إقراره بالإسلام؛ لأنه غاية المقدور في ذلك واحتمال بقائه على مذهب الكفر لا يمنع من إجراء حكم الإسلام عليه إذ قيل ذلك للنبي ﷺ فأجاب بقوله: «**فهلا شققت على قلبه**»، وظاهر كلام الشيخ: ولو جاء تائبا، وهو كذلك نقله ابن شاس عن بعض المتأخرين وقال المتيطي: تقبل توبته.

قال غير واحد، وهو مقتضى قول سحنون في شاهد الزور: إنه إذا جاء تائبًا لا يعاقب، وقال ابن الحاجب: الأصح قبوله وارتضاه ابن عبد السلام معبرا عنه بالصحيح لقوله تعالى: ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] ولو تزندق يهودي أو نصراني فقال أصبغ: لا يقتل؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر وقاله مطرف، وابن عبد الحكم.

وروي عن مالك، وقال ابن الماجشون: بل يقتل؛ لأنه دين لا يقر عليه، ولا تؤخذ عليه الجزية، قال ابن حبيب: لا أعلم من قاله غيره، ولا أقول به.

قال الباجي: يحتمل أن يريد بالزندقة هنا الخروج إلى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية، وحكى الشيخ عن ابن أبي محمد عن أبي بكر بن محمد، قال: روى عبد الرحمن بن إبراهيم الأندلسي في النصراني أو اليهودي يتزندق أنه يقتل؛ لأنه خرج من ذمة إلى ذمة، ولو أسلم لقتل كمسلم تزندق ثم تاب.

وعزا الفاكهاني قول ابن الماجشون لنقل مكي في تذكرته.

واعلم أن في كلام الشيخ تقديم التصديق على التصور، وقد علمت ما فيه.

(وكذلك الساحر، ولا تقبل توبته):

ما ذكر الشيخ مثله حكى القاضي عبد الوهاب أنه لا يستتاب وحمله عليه قول مالك، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ هو كالزنديق من كان للسحر والزندقة مظهرًا استتيب وكلاهما ذكره الباجي.

وروى ابن نافع عن مالك في المبسوط في المرأة تقر أنها عقدت زوجها عن نفسها أو عن غيرها من النساء أنها تنكل، ولا تقتل ولو سحر نفسه لم يقتل بذلك وقبله الشيخ أبو محمد وغيره.

وقال بعض شيوخنا: الأظهر أن فعل المرأة سحر، وأن كل فعل ينشأ عنه حادث

في أمر منفصل عن محل الفعل سحر.

وفي الموازية من لم يباشر عمل السحر أو جعل من يعمله فإنه يؤدب أدبًا شديدا وفيها أيضًا في الذي يقطع أذن المرأة أو يدخل السكاكين في جوف نفسه إن كان سحرًا قتل به، وإن كان خلافه عوقب.

قال الشيخ شهاب الدين القرافي في كتاب الانتقاد في الاعتقاد: من اعتقد أن هاروت وماروت بالهند يعذبان على خطيئاتهما فهو كافر بل هم رسل الله وخاصته يجب تعظيمهم وتوقيرهم وتنزيههم ومن لم يعتقد ذلك وجب إراقة دمه.

وقبله الفاكهاني وهو الحق الذي لا شك فيه وعليه الأكثرون وكذلك قال به بعض شيوخنا القرويين واشتد نكيره على الشيخ أبي الفرج بن الجوزي رحمه الله تعالى في كلامه فيهما بما يقتضي ذلك وتعرض للملائكة بكلام شنيع فظيع لا يقدر أحد على سماعه ذكره في كتابه المسمى بالدرياق في أوائله فاحذر من قراءة ذلك المحل منه، والميل لجميع ما دل عليه مما ذكرناه وكان إنكار شيخنا لما ذكرنا لما قرأته عليه في درسه في حال صغرى بالقيروان بمحضر الطلبة.

وبعض العوام فهم أن يسكتني فتماديت إلى أن فرغت الدولة فقال: ما أشك أن هذا الكلام كفر فالعجب من الشيخ رحمه الله تعالى، وكذلك قرأته بجامع القصبة من تونس في حال كتبي لهذا الموضع على شيخنا أبي مهدي رحمه الله تعالى خاليا عن الناس فأنكره أشد إنكار وتفجع على الشيخ رحمه الله، وقال: لم أزل أسمع أن أهل بغداد تكلموا فيه فلعل هذا المحل هو الموجب لكلامهم أو هو أحد الموجبات قال أصبغ: ولا يقتل الساحر حتى يثبت أن ما فعله من السحر الذي وصفه الله تعالى بأنه كفر قال: ويكشف عن ذلك من يعرف حقيقته.

قال الباجي: يريد ويثبت ذلك عند الإمام وقد استصوب بعض المتأخرين كلام أصبغ هذا، وحكاه الطرطوشي عن قدماء الأصحاب، واستشكل قول مالك أن تعلمه وتعليمه كفر وكذلك استشكل جواب من أجاب عن ذلك الإشكال بأن السحر علامة على الكفر فقال: لا إنا نتكلم في هذه المسألة باعتبار الفتيا.

قال ونحن نعلم أن حال الإنسان في تصديقه لله ولرسوله بعد عمل هذه الأعمال كحاله قبل ذلك وإن أراد الخاتمة فمشكل لأنا لا نكفر في الحال بكفر واقع في المآل.

قلت: ولم يتعرض الشيخ رحمه الله لتبيين السحر، ولعل ذلك لصعوبته عنده، والله أعلم.

وقال ابن العربي في أحكامه هو كل كلام مؤلف يعظم فيه غير الله عز وجل وتنسب إليه المقادير والكائنات وقبله الفاكهاني.

(ويقتل من ارتد إلا أن يتوب):

الأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم **«من بدل دينه فاقتلوه»** وروي **«فاضربوا عنقه»** خرجه البخاري ومسلم.

(ويؤخر للتوبة ثلاثًا وكذلك المرأة):

اختلف قول مالك رحمه الله تعالى هل يؤخر ثلاثة أيام أم لا؟ فقيل: يؤخر وهو المشهور وقيل: يستتاب في الحال رواه ابن القصار والقول الأول مروي عن عمر رضي الله عنه على ما تضمنه حديث الموطأ، وعلى هذا القول فظاهر كلامهم أن التأخير واجب.

وقول التادلي اختلف فيه فقيل واجب وقيل: مستحب لا أعرفه وعليه فلا يجوع ولا يعطش وكذلك لا يعاقب إن تاب؛ لأن في عقوبته تنفيرا له عن الإسلام، وليس في استتابته تخويف خلافًا لأصبغ بالقتل.

قال الفاكهاني: وقول الشيخ وكذلك المرأة إشارة إلى خلاف أبي حنيفة في ذلك مستدلاً بقوله صلى الله عليه وسلم: **«لا تقتل المرأة»** ونقل عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: لا تقتل المرأة بل تسترق وقاله جماعة ودليلنا الحديث المتقدم.

(ومن لم يرتد وأقر بالصلاة، وقال: لا أصلي أخر حتى يمضي وقت صلاة واحدة فإن لم يصلها قتل):

اختلف المذهب هل المراعى الوقت الضروري وهو المشهور والمختار، وهو قول نقله ابن خويزمنداد.

قال ابن بشير وهو بعيد جدًّا لأن التأخير إلى ذلك الوقت لا يحرم فكيف يراق به دم وتأخيره مكروه فقط، وعلى القولين فهل تقدر العصر مثلاً بكمالها أو بمقدار ركعة فقط في ذلك قولان.

قال اللخمي: ولا تعتبر قراءة الفاتحة للخلاف.

قال المازري: ولا الطمأنينة، واختلف هل يقتل بالسيف ناجزا أم لا؟ فقيل بذلك قاله في سماع أشهب وقيل: بل بالطعن نخسًا لأن المطلوب رجوعه إلى الإسلام قاله بعض المتأخرين والأكثر على أنه يقتل حدا لا كفرا.

وقال ابن حبيب بل كفرا واختاره ابن عبد السلام ثم قال وعلى تسليم أنه ليس

بكافر فالأقرب قول أبي حنيفة أنه لا يقتل ولمتأخري أهل المذهب صوغ إلى ذلك إذ الأصل بعد الحكم بالإسلام حقن الدماء. قال ﷺ: «**لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث**» قال: وهذا الحديث وإن كان مخصوصًا يعني بالمحارب وشبهه فلا يضر ذلك في الاستدلال به في غير محل التخصيص.

قلت: ونقل الفاكهاني الاستدلال بالحديث لأبي حنيفة وقال: كون الحديث على تقدير صحته مخصوصًا بما ذكر يدل على أنه متروك الظاهر، وأورد على المشهور أنه يقتل حدا بأنه لو كان كذلك لم يسقط بتوبته قبل إقامة الحد عليه كسائر الحدود.

وقال ابن عبد السلام: ويمكن أن يقال: إن الترك الموجب لقتله حدا إنما هو الترك الجازم، وذلك لا يتحقق إلا بعد إقامة الحد عليه، واختلف إذا قال أنا أصلي، ولم يفعل فقيل يقتل قاله مالك.

وقيل: لا يقتل قاله ابن حبيب نقله عنه غير واحد وليس هو مناقضًا لأصله.

قال التادلي: وقول ابن حبيب هو ظاهر كلام الشيخ، وكذلك اختلف في قتله إذا امتنع من قضاء الفوائت على قولين للمتأخرين واستدل من قال بعدم قتله بالخلاف في وجوب القضاء عليه.

قال المازري: وبإجازة مالك تأخير القضاء للشغل.

(ومن امتنع من الزكاة أخذت منه كرها):

يعني وتجزئه وأخذ من قولهم هذا أن الزكاة لا تفتقر إلى نية لظهور المنافاة بين التقرب وأخذ أيضًا من أحد القولين أن الفقراء شركاء لأن وصول الشريك إلى حقه مما في يد شريكه لا يشترط فيه لا نية القابض، ولا نية الدافع ورد ابن القصار الأول بأنه يعلم فتحصل النية.

وقال ابن العربي في الزكاة المأخوذة كرها إنها تجزئ ولا يحصل الثواب.

قلت: وأفتى شيخنا أبو محمد عبد الله الشبيبي رحمه الله تعالى في الفقير إذا قدر أن يأخذ من مال من يعلم أنه لا يزكي قطعا قدر ما عليه من الزكاة أنه لا يجزئ إذ لا شعور لصاحبه بخلاف المكره.

(ومن ترك الحج فالله حسيبه):

قال الفاكهاني: قال أهل اللغة: معنى حسيبك الله أي انتقم الله منك قال: ويريد الشيخ أنه لا يقتل لاختلاف الناس في وجوب الحج هل هو على الفور أو على التراخي والمشهور من مذهب مالك أنه على التراخي بخلاف تارك الصلاة فإن أوقاتها معروفة.

قلت: لا يرد على الشيخ أنه يلزم على قوله إن ظهر تعينه عليه بكبر سنه وكثرة ماله وأمن الطريق ووجود الماء في كل منهل أن يكون تاركه حينئذ كالصلاة؛ لأن تعيينه لا يعلم إلا من جهته إذ كثير من الناس يعتقد أنه غني، وهو فقير في باطن الأمر، ويعتقد أنه قوي في بنيته، وأنه يقوى على المشي على رجليه، وهو لا يستطيع ذلك.

(ومن ترك الصلاة جحدا لها فهو كالمرتد يستتاب ثلاثًا فإن لم يتب قتل):

يريد وكذلك إذا شك فيها، وما ذكر أنه مرتد هو كذلك بإجماع قاله ابن بشير في تنبيهه وعياض في إكماله في كتاب الأيمان، وقول ابن الحاجب أما جاحدها فكافر باتفاق فيه مسامحة؛ لأنه إذا قال ذلك إنما يريد به اتفاق أهل المذهب ويكون منه تنبيها على أن الخلاف خارج المذهب بخلاف الإجماع هذا هو المستقرأ من كلامه، ولا أعرف هنا نص خلاف.

وقال الفاكهاني: إنما حسن التشبيه في قول الشيخ كالمرتد؛ لأنه لم يخرج عن الإسلام بالكلية كما خرج المرتد عنه من حيث إنه لا يصلى عليه، ولا يدفن في مقابر المسلمين، ولا يرثه ورثته، ولا غيرهم.

وقال الحنفي: لا يقتل واستدل بالحديث السابق، ولا دليل له في ذلك لأنا إذا قلنا: إنه مرتد صدق عليه أنه كافر بعد إيمانه فهو راجع لإحدى الخصال الثلاثة.

قلت: إنما أراد الشيخ بقوله كالمرتد أن حكم من تكلم بالكفر فهو كافر حقيقة فإذا عرفت هذا فاعلم أن قول الفاكهاني معترض من وجهين:

أحدهما: أن في كلامه التناقض؛ لأنه حكم أولا بأنه ليس بكافر، وفي رده على أبي حنيفة حكم بكفره.

الثاني: أن خلاف أبي حنيفة إنما هو فيما سبق، وهو إذا أقر بوجوبها وقال: لا أصلي والله أعلم.

(ومن سب رسول الله ﷺ قتل ولا تقبل توبته):

قال التادلي: يريد وكذلك كل مرسل أو نبي أو ملك ومن اختلف في نبوته كأم موسى وأم عيسى وأم إسحاق والخضر ولقمان وذي القرنين والحواريين وإخوة يوسف عليهم الصلاة والسلام، واختلف فيمن سب أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وأرضاها أو أحدا من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين.

ومن اختلف في كونه ملكًا كهاروت وماروت نكل نكالا شديدا ولا يقتل وفي كتاب الاقتداء لابن أبي زيد سئل عن الرجل يقول قال الفاروق كذا، وقال علي كذا

فيعارضه الرجل فيقول له.: قال الشافعي كذا قال الحنفي فقال: أرى أن يستتاب قال عياض، وأجمع المسلمون خاصتهم وعامتهم من لدن عهد الصحابة إلى هلم جرًا في مشارق الأرض ومغاربها أن من سب رسول الله ﷺ أو عابه أو ألحق به نقصًا في نفسه أو نسبه أو دينه أو خصلة من خصاله أو عرضه أو شبهه بشيء على طريق الذم أو الازدراء به أو التصغير لشأنه أو النقص منه أو العيب له أو دعا عليه أو تمنى مضرته أو نسب إليه ما لا يليق بنسبه العلي أو عنت في جانبه العزيز بهجو من القبيح أو سخف من الكلام أو منكر من القول أو غيره من بلاء ومحنة جرت عليه أو برئ منه أو كذبه أو استجهله أنه ساب له صرح بذلك أو لوح.

ويقتل كفرا إن استحل شيئًا من ذلك ولم يرجع عنه فإن لم يستحله ورجع عنه قتل حدا ولا تقبل توبته على المشهور فيهما ويتخرج عليهما غسله والصلاة عليه ودفنه وميراثه والفرق بين استتابة من سب الله تعالى وعدم استتابة من سب رسول الله ﷺ أن الله برئ من النقص لذاته لا يلحقه النقص ولا استكمال بغيره سبحانه وتعالى بخلاف رسول الله ﷺ فإنه من جنس من يلحقه النقص فلا يزول إلا بقتل مستنقصه.

وقيل: إنما ثبت له ذلك الكمال بإخباره تعالى الذي لا يتبدل ولا يتحول.

قلت: وما ثبت بالعرض لا يقاوم ما ثبت بالذات وإن كان لا يلحقه نقص.

(ومن سبه من أهل الذمة بغير ما به كفر أو سب الله عز وجل بغير ما به كفر قتل إلا أن يسلم):

ما ذكره من أن من سبه من أهل الذمة بغير ما به كفر فإنه يقتل هو المشهور، وحكى ابن الجلاب وعبد الوهاب، قولاً بالقتل مطلقًا كان بما به كفروا أو غيره وما ذكر من سقوط القتل عنه بالإسلام هو أحد قولي مالك.

(وميراث المرتد لجماعة المسلمين):

ما ذكره لا أعلم فيه خلافًا، واختلف في ميراث الزنديق فقيل كذلك قاله أشهب وابن نافع وقيل لورثته قاله ابن القاسم.

(والمحارب لا عفو فيه إذا ظفر به):

قال ابن الحاجب: الحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر معه الاستغاثة عادة من رجل أو امرأة حرًا وعبدًا ومسلم أو ذمي أو مستأمن واعترضه ابن عبد السلام بأنه غير مانع لدخول ما ليس بحرابة، وهو غصب السلطان وشبهه فإنه فعل يقصد به على وجه تتعذر به على وجه تتعذر معه الاستغاثة عادة ثم سأل نفسه،

فقال: إن قلت: المتعذر في الحرابة عادة إنما هو الإغاثة وليس الاستغاثة فإن المسلوب يستغيث وجد مغيثا أم لا فلا تتعذر الاستغاثة أصلاً.

وأجاب بأن استغاثة المعدوم ومن لا تنفع إغاثته كلا شيء وإنما المعتبر الاستغاثة التي ترجى معها الإغاثة وهذا النوع من الاستغاثة هو المعتبر في الكلية، وقال بعض شيوخنا: الحرابة الخروج لإخافة السبيل بأخذ مال محرم بمكابرة قتال أو خوفه أو إذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لإمرة أو نائرة، ولا عداوة فيدخل في قوله، والخناقون والذين يسقون الناس السيكران ليأخذوا أموالهم محاربون.

(فإن قتل أحدا فلابد من قتله):

ما ذكره هو المشهور في المذهب وقال أبو مصعب الإمام فيه بالخيار وظاهر كلام الشيخ ولو عفا عنه أولياء المقتول وهو كذلك وظاهر كلام أهل المذهب ولو رأى الإمام من حسن المصلحة إطلاقه لكثرة إذاية الذين وراءه كأعراب إفريقية لفعل والله أعلم.

وأفتى شيخنا أبو مهدي عبد الله الشبيبي رحمه الله تعالى بالعفو عن نحو أربعين محاربًا أخذوا في حالة واحدة بالقيروان والحالة هذه وبه أقول ومال إليه شيخنا أبو مهدي رحمه الله، وظاهر كلامه: وإن كان المقتول غير كفؤ وهو كذلك وصرح به بعد وقد قتل عثمان رضي الله عنه مسلمًا قتل ذميا حرابة.

(فإن لم يقتل فيسع الإمام فيه اجتهاده بقدر جرمه وكثرة مقامه في فساده فأما قتله أو صلبه ثم قتله أو يقطعه من خلاف أو ينفيه إلى بلد يسجن بها حتى يموت):

ما ذكر الشيخ هو قول مالك وغيره وفهموا قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية على التخيير الاجتهادي فكل ما رآه الإمام سدادا تعين ولا يجوز الانتقال لغيره.

قال ابن عبد السلام: فعلى هذا يكون لا فرق بين قولنا أو للتخيير هنا، ولا بين قول غيرنا إنها للتفصيل.

قلت: فيما نسبه للمذهب دون ذكر غيره قصور وكذلك في فهمه نظر لقول اللخمي في كونه على الترتيب أو التخيير روايتان للأكثر، وابن وهب فعلى الترتيب إن لم يخف ولم يأخذ مالا، ولا قتل أخذ فيه بأيسر الحكم ابن القاسم، وهو أن يجلد وينفى ويسجن في الموضع الذي نفي إليه، وإن أخاف أو أخذ مالا أو جمعهما خير في قتله وقطعه، وكذلك إن طال أمره ونصب، ولم يأخذ مالا، وإن طال زمنه وعلا أمره،

وأخذ المال ولم يقتل قتل ولا يخير فيه.

وعلى رواية ابن وهب قال مالك: إن نفر الناس من كل مكان وعظم فساده، وأخذ أموال الناس فالسلطان يرى فيه رأيه في أحد الأربعة ويستشير في ذلك، وحيث يقتل قال اللخمي يقتل على الوجه المعتاد المعروف بالسيف والرمح ولا يقتل على صفة يعذب بها ولا بحجارة ولا بغير ذلك، وإن رأى صلبه فليصلبه قائمًا لا منكسًا، وينبغي أن تطلق يداه؛ لأن له في ذلك بعض الراحة إلى أن يموت وإن لم تطلق فلا بأس.

قال: وظاهر القرآن أن الصلب حد قائم بنفسه كالنفي والمذهب إضافته للقتل ولمالك في بعض المواضع قال: يقتل أو يصلب أو يقطع أو ينفى كظاهر القرآن.

واختلف هل يقدم الصلب على القتل أو العكس على قولين لابن القاسم، وأشهب وعلى الأول فاختلف قول سحنون إذا مات هل ينزل من ساعته، ويدفع إلى أهله للصلاة عليه والدفن ونحوه لأصبغ وإذا صلوا عليه رده الإمام للخشبة اليوم والثلاثة ليردع به أهل الفساد على قولين.

قال ابن الماجشون: لا يمكن أهله من الصلاة عليه، ويبقى على الخشبة حتى يفنى وتأكله الكلاب.

وقول الشيخ أو ينفيه إلى بلد يسجن بها حتى يموت يريد أو تظهر توبته الحقيقية ويريد إذا كان حرا، وأما العبد فإنه لا ينفى ويسجن ببلده.

(فإن لم يقدر عليه حتى جاء تائبًا وضع عنه كل حق هو لله من ذلك، وأخذ بحقوق الناس في مال أو دم):

ظاهر كلام الشيخ إذا جاء إلى السلطان طائعا بغير سلاح، وقال: جئتك تائبا؛ أنه ينفعه ذلك، وإن لم تثبت توبته، وهو كذلك عند ابن القاسم، قال: وكذلك إذا ترك ما كان عليه وإن لم يأت خلافًا لابن الماجشون في قوله توبته إنما هي أن يترك ما هو عليه، ويجلس في موضعه حتى لو علم الإمام حاله لم يقم عليه حد الحرابة.

وقيل: إنما تكون بالمجيء إلى الإمام وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك حكما من الأحكام إن أخذ قبل أن يأتي الإمام.

قال ابن رشد في مقدماته فهي ثلاثة أقوال واختلف إذا فر المحارب في القتال فقال ابن القاسم: إن كان قتل أحدا فليتبع وإلا فلا أحب أن يتبع ولا يقتل.

وقال سحنون: يتبعون ويقتلون مقبلين ومدبرين ومنهزمين وليس هروبهم توبة

وفي الإجهاز على جريحهم قولان لهما، ولا يجوز أن يؤمن المحارب إن سأل الأمان بخلاف المشرك؛ لأن المشرك يقر إذا أمن على حاله وبيده أموال المسلمين ولا يجوز تأمين المحارب على ذلك.

واختلف إذا امتنع بنفسه حتى أعطي الأمان فقيل: يتم له ذلك، وقيل: لا قاله أصبغ.

(وكل واحد من اللصوص ضمان لجميع ما سلبوه من الأموال):

ما ذكر هو المعروف، وقال ابن عبد الحكم: لا يضمن إلا ما أخذ خاصة نقله الباجي، وأفتى بعض المتأخرين بالأول إن كان رئيس القوم بحيث يقدر على ردهم، وبالثاني: إن لم يكن ذلك وعلى الأول فإن غرم يرجع على أصحابه كالحملاء.

وأما المجتمعون على السرقة فكل واحد مخاطب بما أخذه خاصة على ظاهر كلام بعض الشيوخ.

وقال ابن رشد: إذا تعاونوا فهم كالمحاربين، وقال اللخمي: إن اعترف بعض المحاربين لما في أيديهم لأهل رفقة اختصوا به وأخذ كل واحد منهم ما لم ينازع فيه فإن تنازع اثنان في شيء قسم بينهما على حكم التداعي فيه فإن فضل عنهم شيء أوقفه الإمام فإن تنازعه اثنان أحدهما من أهل الرفقة اختص به بعد حلفه، وإن ادعاه رجل من غيرهم فإنه يدفع إليه بعد الاستيناء به واليمين وضمنه إياه قاله مالك يريد بعد أن يصفه كاللقطة.

واختلف هل يأخذه بحميل قاله سحنون أو بغيره قاله مالك في ذلك قولان وإن ادعاه أجنبيان حلفا وقسم بينهما فإن نكل أحدهما كان للآخر، وإن نكلا قال محمد لم يكن لهما فيه شيء.

(وتقتل الجماعة بالواحد في الحرابة والغيلة وإن ولي القتل واحد منهم):

قال الباجي ومحمد بن المواز عن مالك وابن القاسم وأشهب: إن ولي أحد المحاربين قتل رجل ممن قطعوا عليه، ولم يعاونوه أي أصحابه قتلوا أجمعين، ولا عفو فيهم للإمام ولا للولي.

قال ابن القاسم: ولو تابوا كلهم قبل القدرة عليهم فللولي قتلهم جميعا، وقتل من شاء منهم والعفو عمن شاء.

قال أشهب: لا يقتل منهم إلا من ولي القتل، أو أعان عليه أو أمسكه لمن يعلم أنه يريد قتله، ولا يقتل الآخرون ويجلد كل واحد منهم، ويسجن عامًا.

(ويقتل المسلم يقتل الذمي قتل غيلة أو حرابة):

يريد ما لم يتب المحارب فإن تاب كان للذمي عليه دية إذ لا يقتل مسلم بكافر

والحالة هذه، ولو جرح ذمي فأسلم قبل أن يموت فقال ابن القاسم ديته دية الحر المسلم. وقال أشهب: دية المجوسي.

(ومن زنى من حصر محصن رجم حتى يموت):

قال ابن الحاجب: الزنى أن يطأ فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق متعمدًا فيتناول اللواط، واعترض بأنه غير جامع إذ لا يحتوي إلا على فعل الزاني دون الزانية ورد بأن قوله أن يطأ: مصدر لا يمكن وقوعه إلا من اثنين فذكر أحدهما يستلزم الآخر، واختير ذكر الفاعل؛ لأنه يجري مجرى العلة في الاستغناء بها عن المعمول واعترض أيضًا بأنه غير مانع بل لا يدخل تحته شيء من أفراد المحدود؛ لأن قوله آدمي حقيقة في الذكر دون الأنثى وإتيان الذكر لا يسمى زنا عرفا بل يسمى لواطًا.

وأجيب بأنه إنما أراد بالآدمي الجنس الذي يشمل الذكر والأنثى وحده بعض شيوخنا فقال: الزنى الشامل للواط مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حلية عمدًا فتخرج المحللة ووطء الأب أمة ابنه لا زوجته.

وظاهر كلام الشيخ: ولو كانت الموطوءة ميتة أن الواطئ يحد بذلك؛ لأنه يطلق عليه أنه زنى، وهو كذلك على المشهور وهو نص المدونة في كتاب الرضاع.

وقيل: يؤدب، ولا يحد قاله ابن شعبان.

واختلف إذا وطئ أمة من المغنم وهو من أهل الجيش والمشهور ثبوته ونفاه ابن الماجشون وعزاهما في المدونة في العتق الثاني لابن القاسم، وغيره.

وقال ابن عبد البر: اختلف قول مالك وأصحابه في حده، واختلفت الروايات فيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وكذلك القولان في الحربية والقول بنفي الحد عزاه ابن رشد في المقدمات لأشهب وعزاه اللخمي لابن الماجشون، وفي قذف المدونة من تزوج امرأة في عدتها أو على عمتها أو خالتها عمدًا لم يحد، وعوقب.

وقال اللخمي: قال مالك في متزوج الخامسة والمبتوتة عالما بتحريم ذلك يحد، وقال في متزوج المعتدة كذلك لا يحد ولا فرق في ذلك، وقيل في المعتدة إنه يحد.

وقال التونسي: إن كان التحريم من القرآن بسبب ولم يحرم عينها ، وتحل يومًا ما كالخامسة ففي الحد قولان.

(والإحصان أن يتزوج امرأة نكاحا صحيحا ويطأها وطأ صحيحا):

احترز رحمه الله تعالى بقوله: أن يتزوج امرأة من ملك اليمين وصحيحا احتراز من الفاسد واشتراطه الوطء الصحيح ليخرج به الوطء الغير المباح كوطء الحائض

والصائمة، ويشترط البلوغ والعقل والإسلام والحرية.

قال الفاكهاني رحمه الله: أنشدنا لنفسه القاضي زين الدين بن رشيق رحمه الله تعالى، ونفعنا بعلمه وعمله:

شروط الإحصان ست أتت فخذها على النص مستفهما
بلوغ وعقل وحرية ورابعها كونه مسلمًا
وتزويج صحيح ووطء مباح متى اختل شرط فلن يرجما

واختلف إذا زنى الكافر هل يحد أم لا ؟ والمشهور أنه لا يحد.

وقال المغيرة: يحد حد البكر بكرا كان أو ثيبًا نقله اللخمي.

قلت: وكان المغيرة رحمه الله تعالى ناقض أصله؛ لأنه يقول: إنهم مخاطبون بفروع الشريعة إذ هو القائل بأن طلاقهم لازم بناء منه على أن أنكحتهم صحيحة فكان حقه أن يجعله كالمسلم سواء كما جنح إليه ابن عبد البر، وكما يقطع في السرقة وهو قول الطحاوي وأحد قولي الشافعي.

وأجابني شيخنا أبو مهدي أيده الله تعالى باحتمال موافقته على أن من شرط الإحصان الإسلام ومثله لبعض شيوخنا.

(فإن لم يحصن جلد مائة جلدة وغربه الإمام إلى بلد آخر وحبس فيه عامًا):

ما ذكر من الجلد متفق عليه عند أهل العلم؛ لأنه بنص القرآن، وما ذكره من التغريب قال به الجمهور وصح ذلك عن رسول الله ﷺ، وقال أبو حنيفة: لا يغرب ورأى أنه زيادة على ما ذكر في الآية والزيادة عنده على النص نسخ والكتاب لا ينسخ بخبر الآحاد.

(وعلى العبد في الزنى خمسون جلدة وكذلك الأمة وإن كانا متزوجين):

يريد، وإن كان بعضه حرا، وكذلك المكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل وأم الولد.

(ولا تغريب عليهما ولا على امرأة):

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة، واحتج أهل المذهب على أنهما لا يغربان بقوله ﷺ وقد سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال: «**إذا زنت ولم تحصن فقال إذا زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو**

بضفير»[١] ولم يتعرض إلى التغريب، والحديث صحيح خرج مخرج بيان الحكم.

وقال الشافعي، وغيره: تنفى المرأة كالرجل، وقال به الشيخ أبو الحسن اللخمي رحمه الله إذا وجدت المرأة من يسافر معها من ذوي محارمها، أو رفقة مأمونة فيها رجال ونساء كالخروج إلى الحج فإن عدم ذلك سجنت بموضعها عامًا؛ لأنه إذا تعذر التغريب لم يسقط السجن.

(ولا يحد الزاني إلا باعتراف أو حمل يظهر أو بشهادة أربعة رجال أحرار بالغين عدول يرونه كالمرود في المكحلة، ويشهدون في وقت واحد وإن لم يتم أحدهم الصفة حد الثلاثة الذين أتموها):

ظاهر كلام الشيخ: وإن كان إنما أقر مرة واحدة وهو كذلك عندنا خلافًا لأبي حنيفة، فقال هو وغيره: لا بد من تكرار إقراره أربع مرات زاد أبو حنيفة: في مجالس مفترقة، وما ذكر من اعتبار الحمل هو كذلك في غير الطارئة وأما الطارئة فلا حد عليها إذا قالت: هو من زوجي طلقني أو غاب عني. قاله اللخمي، وألغاه الشافعي وغيره فقبلوا قولها إذا قالت: إنها استكرهت، وقال به اللخمي على تفصيل سيأتي عن قرب إن شاء الله تعالى.

وما ذكر من اعتبار الشهادة هو كذلك باتفاق وما عدا قوله: ويشهدون في وقت واحد فإن ابن الماجشون أجاز التفريق في الشهادة في الزنى نقله عنه أبو عمران الصنهاجي في نظائره.

(ولا حد على من لم يحتلم):

لا شك أنه لا يحد كما قال؛ لأنه غير مكلف، ولا شك أنه يؤدب كما يؤدب في المكتب، ويمكن أن يختلف في أدبه كما اختلف في الصغير إذا غصب مالا هل يؤدب أم لا ؟ على قولين حكاهما ابن رشد في مقدماته وغيره لا يقال لا يلزم من عدم أدبه في غصب المال أن لا يؤدب هنا؛ لأن ما غصبه وأتلفه يؤخذ من ماله إن كان أو مهما ظهر له إن لم يكن وذلك كان في أدبه لا سيما إن كان أتلفه في فساد، ولا كذلك هنا؛ لأن القائل بعدم الأدب علله بكونه غير مخاطب والله أعلم.

(ويحد واطئ أمة والده):

إنما كان يحد الولد لعدم الشبهة له في مال الوالد وذكر ابن خويزمنداد عن ابن

---

(١) رواه البخاري (٧٧٧/٢)، ومسلم (١٣٢٤/٣).

وهب وأشهب أنه لا يحد قال اللخمي: لأن نفقته ترجع عليه عند بعض أهل العلم متى احتاج فيدرأ عنه الحد للخلاف.

(ولا يحد واطئ أمة ولده وتقوم عليه، وإن لم تحمل):

يريد لقوة الشبهة في مال ابنه، وكذلك الجد لا حد عليه خلافًا لأشهب، وظاهر كلام الشيخ أنها تقوم عليه، وإن لم تحمل، وهو كذلك عند أكثر أهل المذهب، وقال ابن عبد الحكم: الابن مخير في أخذها ومثله لابن الماجشون.

وظاهر كلام الشيخ تحتم القيمة وإن كان معدما، وهو كذلك نص عليه في المدونة، وقيل: للابن أخذها ما لم تحمل.

واختلف إذا حلل الأمة سيدها لرجل فوطئها فالمشهور أنه شبهة.

وقال الأبهري: إن كان عالما حد، ولا يلحق به الولد؛ لأنه زان بوطئه من ليس بزوجة له ولا ملك يمين ولا هو جاهل بالوطء.

قال ابن عبد السلام: وهو إجراء على أصل المذهب وذهب إليه جماعة خارج المذهب، وأما المستأجرة للوطء وغيره فالحد ثابت اتفاقًا.

(ويؤدب الشريك في الأمة يطؤها ويضمن قيمتها إن كان لها مالك فإن لم تحمل فالشريك بالخيار بين أن يتماسك أو تقوم عليه):

ما ذكر من أدب الواطئ هو كذلك إن لم يعذر بجهل قاله في قذف المدونة، وما ذكره من ضمانه القيمة هو كذلك باتفاق، واختلف متى تكون هل يوم الحمل أو يوم الوطء، أو يوم الحكم على ثلاثة أقوال وكلها لمالك وكل هذا مع اليسر.

وأما إن أعسر الواطئ فإنها تباع عليه، وهي إحدى المسائل التي تباع فيها أم الولد.

وثانيها: إذا وطئ العامل أمة القراض فحملت وكان معسرا.

وثالثها: أمة المفلس إذا وقفت للبيع ووطئها وحملت.

ورابعها: الابن يطأ أمة من تركة أبيه وعلى الأب دين يستغرق التركة، والابن عديم وهو عالم بالدين حالة الوطء.

وخامسها: إذا وطئ الراهن أمته المرهونة، وحملت وكان معسرا فإنها تباع بعد الوضع وحلول الأجل.

وسادسها: الأمة الجانية إذا وطئها السيد بعد علمه بالجناية وهو عديم فإنه تسلم للمجني عليه، وكل هذه النظائر ذكرها خليل رحمه الله تعالى في الرهون.

وما ذكر الشيخ من أن الشريك بالخيار إذا لم تحمل هو كذلك قاله في المدونة.

وقال في كتاب محمد: يجبر على أن تقوم على شريكه كالأب، وأخذ من كتاب الشركة من المدونة، وقيل: إذا لم تحمل لم تقوم عليه، وكانت على حالها في الشركة، ويلزم نصف ما نقصها الوطء.

قال ابن عبد السلام: وهو الظاهر عندي لأنه نقص يسير في الغالب المرأة تقول هذا الحمل من فلان، وذلك هو الأصل في التعدي، وهو الذي مال إليه اللخمي هنا.

(وإن قالت امرأة بها حمل استكرهت لم تصدق وحدت إلا أن تعرف بينة أنها احتملت حتى غاب عليها أو جاءت مستغيثة عند النازل أو جاءت تدمي):

ما ذكر الشيخ هو المشهور، وقيل: يقبل قولها مطلقًا حكاه ابن الحاجب.

وقال اللخمي: إن لم تكن طارئة وادعت أنه من غصب، وتقدم لها ذكر ذلك أو أتت متعلقة برجل أو كان سماع واشتكت ولم تأت متعلقة به لم تحد إن ادعته على من يشبه، وإن ادعته على رجل صالح حدت هذا إن تقدمت الشكوى قبل ظهور الحمل، وإن لم تذكره إلا بعد ظهوره حدت إلا أن تكون معروفة بالخير وقالت: كتمت ذلك رجاء أن لا أحمل أو أن يسقط فتعذر ومثله لو لم تسم من أكرهها، وهي معروفة بالخير هذا الذي أخذ به ومثله عمر رضي الله عنه في امرأة ظهر بها حمل، وقالت: كنت نائمة فما استيقظت إلا وقد ركبني رجل فأمر أن ترفع إلى الموسم هي وأناس من قومها فسألهم عنها فأثنوا عليها خيرا فلم يحدها وكساها وأوصى بها أهلها.

(والنصراني إن غصب المسلمة في الزنا قتل):

اختلف بماذا يثبت ذلك عليه هل بأربعة شهداء أو بشاهدين على قولين لابن القاسم وظاهر كلام الشيخ، ولو كانت المغصوبة أمة وهو كذلك في أحد القولين قال هو رحمه الله عن ابن المواز إنه لا يقتل كما لو قتلها، وفيه اختلاف.

وهذا أحب إلي لما جاء أنه لا يقتل حر بعبد.

قال ابن عبد السلام: وأجيب بأن الذي جاء إنما هو في قتل القصاص، وهو خارج عما نحن فيه.

قلت: فإذا عرفت هذا فاعلم أن قول الفاكهاني ظاهر كلام الشيخ يقتضي الحرة والأمة،وليس ذلك مراده لقول ابن الجلاب في الأمة عليه العقوبة الشديدة وما نقصها قصور.

وظاهر كلام الشيخ لو طاوعته أنه لا يقتل، وهو كذلك قاله ابن وهب في سماع عبد الملك بزيادة يضرب ضربًا يموت منه خلافًا لربيعة وكلاهما حكاه ابن رشد.

(وإن رجع المقر بالزنا أقيل وترك):

ظاهره رجع إلى شبهة مثل أن يقول أصبت امرأتي حائضًا فظننته زنى أو لا، وهو قول ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم، وروي عن مالك، وقيل: لا يقبل إذا رجع لغير شبهة قاله أشهب، وعبد الملك، وروي عن مالك أيضًا وكلاهما حكاه الباجي وزعم ابن المواز أن أصحاب مالك لم يختلفوا في رجوعه للشبهة وقبله غير واحد كالباجي.

قلت: وفيه نظر لقول ابن زرقون حكى الخطابي في شرح السنن عن مالك عدم قبوله، وهو غريب فظاهره ولو رجع إلى شبهة.

(ويقيم الرجل على عبده وأمته حد الزنا إذا ظهر حمل أو قامت بينة غيره أربعة شهداء أو كان إقرار):

ما ذكره هو مذهبنا واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها...**»[1] الحديث فظاهره مخاطبة السادات ورؤية السيد لا أثر لها بالنسبة إلى إقامة الحد عليها.

قال ابن عبد السلام: وهو مقتضى القواعد ؛ لأنه كالقاضي، وهو لا يحكم بعلمه ولا سيما في الحدود وقيل: إنه معتبر وهو ظاهر الأحاديث.

قلت: وكلاهما نقله ابن الحاجب عن مالك، وأطلق القول في ذلك وقبله الباجي وعزا اللخمي الثاني لرواية المبسوط، قال: وقد قال عبد الملك إن رأى أمته تزني لم يجلدها إذ ليس للسلطان أن يجلدها برؤيته فإن كان حمل أو ولد فله أن يحد به.

قلت: وهو ظاهر كلام الشيخ فالأقوال على هذا ثلاثة.

(ولكن إن كان للأمة زوج حر أو عبد لغيره فلا يقيم الحد عليها إلا السلطان):

يريد إذا كان الزوج مملوكًا لغيره، وأما إن كان عبده فله إقامته عليها، وهذا التفصيل ذكره اللخمي وغيره عن مختصر ابن عبد الحكم.

قال أبو إسحاق التونسي: وكذلك العبد إن كانت له زوجة حرة أو أمة لغير سيده فلا يقيم الحد عليه إلا السلطان.

قلت: وهذا هو الصواب وبه أقول، ولم يحفظه ابن عبد السلام بل جعل المذهب أنه يقيمه عليه قائلاً: لا يلحق المرأة عار إذا حد زوجها، وهو بعيد؛ لأن العيان يشهد بخلافه.

---

(١) رواه مسلم (١٣٢٨/٣).

(ومن عَمِلَ عَمَلَ قوم لوط بذكر بالغ أطاعه رجما أحصنا أو لم يحصنا):

ظاهر كلام الشيخ ولو كان اللائطان عبدين أو كافرين،وهو كذلك، وقال أشهب: يجلد العبدان خمسين خمسين ويؤدب الكافران وضعفه ابن عبد السلام بأنه لو كان من باب الزنا لاعتبر الإحصان ولم يؤدب الكافران إلا بشرط أن يظهراه.

وقال بعض شيوخنا: فيه ميل لاعتبار الإحصان، وذهب أبو حنيفة وغيره إلى أن من فعل هذا الفعل سواء كان حرًّا أو عبدًا مسلمًا أو كافرًا أنه يعزر خاصة.

وقال ابن عبد البر عن ابن عباس حده أن يرمى من أعلى شاهق في القرية ثم يتبع بالحجارة.

وقال الباجي عن ابن حبيب: كتب أبو بكر أن يحرق بالنار ففعل وفعله ابن الزبير وهشام بن عبد الملك في زمانه والقشيري بالعراق ومن أخذ بهذا لم يخطأ وألحق ابن القصار بهذا إتيان الأجنبية في دبرها حكاه الباجي.

وقيل: إنه يلحق بالزنا قاله ابن الماجشون ومثله في الموازية حكاه الشيخ أبو محمد.

قلت: وهو نص كتاب القذف من المدونة قال بعض شيوخنا: وربما أجري القولان على إباحة ذلك في الزوجة لزوجها وحرمة ذلك والمساحقة لا حد فيها بل فيها الأدب ومقداره راجع إلى اجتهاد الحاكم قاله ابن القاسم.

وقال أصبغ: مقداره خمسون كذا نقله الباجي وغيره، ونقل أبو محمد عنه بزيادة ونحوها وضعفه لعدم الدليل على تعين هذا العدد.

(وعلى القاذف الحر الحد ثمانون وعلى العبد أربعون في القذف وخمسون في الزنا والكافر يحد في القذف ثمانين):

القذف في اللغة الرمي قال الله تعالى: ﴿ وَيُقْذَفُونَ مِن كُلِّ جَانِبٍ ۝ دُحُورًا ﴾ [الصافات: ٨، ٩] في الاصطلاح. قال ابن الحاجب: وهو ما يدل على الزنا واللواط والنفي عن الأب أو الجد لغير المجهول، وإنما قال لغير المجهول ؛ لأن المجهولين لا تعلم صحة أنسابهم إلى آبائهم المعينين، ولذلك لا يتوارثون وسلمه ابن عبد السلام وغيره.

واعترضه بعض شيوخنا بأن فيه تكرر الثاني إذ هو يسمى زنى ولذلك أدخله في حد الزنا كما تقدم وإلا خير إذ المجهول لا نسب له يعرف لا يتصور فيه قال: والقذف الأعم نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم والأخص بإيجاب الحد نسبة آدمي مكلف غيره حرًّا عفيفا بالغا مسلمًا أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم فيخرج قذف الرجل نفسه، وهو من الكبائر لوجوب الحد فيه.

وما ذكر الشيخ أن مقدار حده ثمانون هو كذلك بإجماع لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور: ٤] وما ذكر في العبد هو مذهب الجمهور، وبه قال الخلفاء الأربعة.

وقال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه مع آخرين هو كالحر لعموم الآية.

وما ذكر الشيخ ولو كان سكرانا، وهو كذلك في قول وظاهر كلامه، ولو كان القاذف أبا لابنه وهو كذلك قاله ابن القاسم في المدونة بعد أن ذكر أن مالكًا استثقله.

وقال أصبغ: لا يحد وعلى الحد فنقل الشيخ أبو محمد عن ابن القاسم في الموازية أنه لا تقبل شهادة الولد في شيء لقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾ [الإسراء: ٢٣] وضعف الشيخ عز الدين الحكم له بحده ؛ لأنه إنما يفسق لارتكاب كبيرة والقاضي يحكم بالمنع من المعاصي، وذكر ابن عبد السلام الخلاف في حده له بصريح القذف وتعريضه ولابن محرز مثله، ونقل أبو محمد عن ابن الماجشون أنه لا يحد في تعريضه بابنه.

(ولا حد على قاذف عبد أو كافر) [1]:

اختلف إذا قال لعبده وأبواه حران مسلمان لست لأبيك فالأكثر على أن السيد يضرب الحد، ونقل اللخمي عن سحنون عن أشهب أنه قال: لا حد على من قطع نسب عبد، وإن كان أبواه حرين؛ لأنه يصح أنها أتت به، وزعمت أنها ولدت فلا يكون قاذفا لواحد منهما.

وفي المدونة في أوائل الرجم يحد قاذف المجنون وفي القذف منها كل ما لا يقام الحد فيه ليس على من رمى به رجلاً حد الفرية.

قال بعض شيوخنا: وكان يجري لنا مناقضة ما ذكرناه من قولها قال: ويجاب بحمل قولها في الرجم على المجنون الذي يفيق أحيانا.

(ويحد قاذف الصبية بالزنى إن كان مثلها يوطأ، ولا يحد قاذف الصبي):

ما ذكر في الصبي هو كذلك، وما ذكره في الصبية هو المشهور، وقال ابن عبد الحكم، وابن الجهم: لا حد عليه.

---

(١) يعني: لأن موجب الحد قوة حرمة العرض والكافر لا حرمة لعرضه والعبد كذلك لعدم تأثيره بالمعرة غالبًا عبد الوهاب إنما يحد قاذف الصبية للحوق المعرة والنقص بها بخلاف الصبي أبو محمد صالح بل يحد إذا قذفه بأنه مفعول لأن المعرة فيه موجودة بل هي أقوى وقد تقدم أنه لا حد على من لم يحتلم فانظره.

قال اللخمي: والأول أحسن للحوق المعرة لها بذلك قال الفاكهاني: وذهب بعض الشيوخ وأظنه أبا محمد صالح إلى أنه لو قذف صبي بأنه فعل به لكان الحد على قاذفه للحوق المعرة كالصبية.

قلت: عزاه التادلي له فما ظنه صحيح.

(ولا حد على من لم يبلغ في قذف ولا وطء ومن نفى رجلاً من نسبه فعليه الحد):

الإجماع على أن من شرط الحد التكليف ولذلك حمل بعض شيوخنا قول اللخمي في النكاح الثالث إذا أشرف على البلوغ ولم يحتلم فقال مالك مرة: يحد إذا زنا على ثبوت البلوغ بالإثبات.

(وفي التعريض الحد ومن قال لرجل يا لوطي حد):

يريد مثل أما أنا فلست بزان أو جدي معروف وما ذكر هو قولنا، وقول جمهور العلماء وبه قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقال الشافعي وأبو حنيفة: يؤدب خاصة وهذا بخلاف النكاح والصرف وبيع الطعام بالطعام فإن التعريض فيه جائز.

ويؤخذ من كلام الشيخ أن التعريض في الجانب العلي كالصريح، وهو أخذ أحروي وهو كذلك وبه الفتوى والحكم قديما وحديثا.

واختلف المذهب إذا قال زنت رجلاه أو يداه وشبههما على قولين فذهب ابن القاسم في المدونة إلى ثبوته ونفاه أشهب في المثالين نقله ابن يونس عن محمد عنه.

واختلف إذا قال مالك أصل وشبهه على ثلاثة أقسام: فقيل: لا يحد قاله في الموازية والعتبية، وقيل: يحد قاله أصبغ، وقيل: إن كان المقول فيه من العرب حد له وإلا فلا، وفي زاهي ابن شعبان لو قال مولى لعربي أنا خير منك حد له وقاله الزهري، وكذلك لو كانا ابني عم قاله أحدهما لصاحبه، وفي هاتين المسألتين خلاف وبهذا أقول.

(ومن قذف جماعة فحد واحد يلزمه لمن قام به منهم ثم لا شيء عليه):

ظاهر كلامه سواء قذف كل واحد واحدًا أو قذفهم جميعا بكلمة واحدة، وهو قول مالك في المدونة وهو أحد الأقوال الثلاثة التي ذكرها اللخمي.

وقيل: بتعدد الحد مطلقًا حكاه ابن شعبان، وقيل: إن اجتمعوا وقاموا به فحد واحد وإلا تعدد الحد قاله المغيرة، وابن دينار، وأما لو تكرر القذف لواحد فإنه لا يتكرر الحد على المعروف وحكى ابن الحاجب فيه خلافًا قال: ولو قذف قذفات لواحد أو جماعة فحد واحد على الأصح، وثالثها: إن كان بكلمة واحدة فتعقبوه بأن ظاهره ثبوت الأقوال الثلاثة في الواحد والجماعة، وإنما هي في الجماعة حسبما تقدم.

وذكر الشيخ أبو عمران الصنهاجي أن لهذه المسألة نظائر من ذلك من اشترى شياها مصراة فعليه صاع واحد كشاة واحدة.

وقيل: عليه في كل واحدة صاع، ومن قال: أنا أنحر ولدي وله أولاد فعليه هدي واحد وقيل في كل واحد هدي ومن فرط في قضاء رمضان فلم يقضه حتى دخل عليه رمضان آخر ثان وثالث فعليه كفارة واحدة،ومن كرر الوطء في رمضان فعليه كفارة واحدة.

واختلف إن وطئ ثم كفر ثم وطئ ومن كرر اليمين بالله في شيء واحد فليس عليه إلا كفارة واحدة، ومن كرر الطيب في الحج فليس عليه إلا فدية واحدة وإذا ولغ الكلب في إناء واحد ثم كلاب فسبع يجزئ عن جميعها، ومن حلف بصدقة ماله ثم حنث فليس عليه إلا ثلث ماله، وقيل: ثلث ثم ثلث ما بقي، ولو قال لجماعة أحدكم زان فإن قام به بعضهم فلا يحد بلا خلاف، وإن قام عليه جميعهم فكذلك واستبعد ابن رشد في رسم العرية من سماع عيسى ومن قذف رجلاً فحد له، ثم قذفه ثانية فإنه يحد قاله في المدونة في كتاب الرجم، وفي الكافي يزجر عن ذلك ولا حد عليه.

قال بعض شيوخنا: وفي اقتصاره على ما ذكره فقط دون ما في المدونة وغيرها نظر ولو ضرب بعض الحد ثم قذفه أو غيره فقال ابن القاسم: يستأنف حينئذ الحد إلا أن يبقى يسيرا فيكمل ثم يستأنف.

وقال أشهب مثله إلا أن يمضي يسير فيتمادى ويجزئ لها معًا.

(ومن كرر شرب الخمر أو الزنى فحد واحد في ذلك كله وكذلك من قذفه جماعة):

مثل هذا إذا تكررت موجبات الوضوء فوضوء واحد يجزئ وأما لو شرب الخمر وقذف فلا يتعدد أيضًا للاتحاد على المنصوص وخرج اللخمي فيه خلافًا من الخلاف الذي تقدم في قذف الجماعة.

وأما إذا زنى وقذف يتعدد الحد على المشهور قال ابن حارث وذهب عبد الملك إلى الاستغناء بحد الزنى لكونه أكثر وقول الشيخ،وكذلك من قذف جماعة معترض لكونه سبق ذكره ونبه عليه الفاكهاني رحمه الله تعالى.

(ومن لزمته حدود وقتل فالقتل يجزئ في هذا إلا في القذف فيحد قبل أن يقتل):

إنما استثنى القذف للحوق العار، وقال في المدونة: إن شهد عليه أنه زنى وهو بكر ثم زنى بعد أن أحصن رجم، ولم يجلد، وقال اللخمي: القياس أن يجلد ثم يرجم ؛ لأن الضرب غير جنس القتل.

(ومن شرب خمرا أو نبيذا مسكرا حد ثمانين سكر أو لم يسكر ولا سجن عليه)[١]:

---

(١) والكلام في هذه الجناية: في الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية؟ فأما الموجب فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز: حكمها حكم الخمر في تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلاً كان أو كثيرًا أو لم يسكر وقال أهل العراق: المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد. وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الأطعمة والأشربة. وأما الواجب فهو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وإن لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر. واختلف الذين رأوا تحريم قليل الأنبذة في وجوب الحد وأكثر هؤلاء على وجوبه إلا أنهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور: الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو ثور وداود: الحد في ذلك أربعون هذا في حد الحر. وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور: هو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر: حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون أربعون. فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر وإشارة علي عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسًا على حد الفرية فإنه كما قيل عنه رضي الله عنه " إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى " وعمدة الفريق الثاني أن النبي ﷺ لم يحد في ذلك حدا وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربًا غير محدود وأن أبا بكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله ﷺ: كم بلغ ضرب رسول الله ﷺ لشراب الخمر؟ فقدروه بأربعين. وروي عن أبي سعيد الخدري " أن رسول الله ﷺ ضرب في الخمر بنعلين أربعين " فجعل عمر مكان كل نعل سوطًا. وروي من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا وهو " أن رسول الله ﷺ ضرب في الخمر أربعين " وروي هذا عن علي عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق أثبت وبه قال الشافعي وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الإمام يقيمه وكذلك الأمر في سائر الحدود واختلفوا في إقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك: يقيم السيد على عبده حد الزنى وحد القذف إذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة إلا الإمام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة: لا يقيم الحدود على العبيد إلا الإمام وقال الشافعي: يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور. فعمدة مالك الحديث المشهور " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال: إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير " وقوله عليه الصلاة والسلام " إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ". وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روي عنه ﷺ من حديث عنه أنه قال " أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم " ولأنه أيضًا مروي عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس. وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الحدود هو السلطان. وروي عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا: الجمعة والزكاة والفيء والحكم إلى السلطان. انظر بداية المجتهد لابن رشد (٩/١).

ظاهر كلامه، وإن كان قليلاً وهو كذلك من غير تفصيل بين المسكرات عندنا وللحنفية تفصيل فيما يحرم من الأشربة ويحل يطول ذكره وظاهر كلامه وإن كان بدويا وادعى جهل التحريم، وهو كذلك عند مالك، وأصحابه إلا ابن وهب فإنه قال: لا يحد ويعزر، وفعله عمر والقولان نقلهما محمد بن المواز.

واختلف إذا أكل الحشيشة هل يلزم فيها الحد كالخمر أو يؤدب خاصة لأنها مفسدة وليست بمسكرة أو الفرق بين أن تخمر فالأول وإلا فالثاني؟ على ثلاثة أقوال: وكذلك الثلاثة في بطلان صلاة من صلى بها، وأما جوزة الطيب فنص ابن هارون على أنها مسكرة، وأنها طاهرة واعترض بذلك قول ابن الحاجب والجمادات مما ليس من حيوان طاهرة إلا المسكر.

قلت: وما ذكره لا أعرفه وكذلك أنكره شيخنا أبو محمد رحمه الله تعالى حسا ومعنى فإن العيان خلافه لأن التواتر على أنها جامدة فقط، وليست بمسكرة ولذلك يجوز أن تعمل للأدوية إن كانت منفردة بقيد اليسارة والشهادة على شرب الخمر إن كان ممن يشربها لكونه كافرًا أو مسلمًا عاصيا ثم تاب عمل عليها اتفاقًا وإلا فقولان.

قال ابن القصار: لا يعول عليها، وقال الباجي يعول عليها وعليه العمل عندنا بإفريقية فإنه شك شهود الرائحة فإن كان من أهل الخير ترك وإلا نكل قاله في سماع ابن القاسم في العتبية والموازية وإن شهد شاهدان بأنها رائحة خمر وآخرون بنفي ذلك فالمعروف ثبوت الحد.

واختار ابن عبد السلام عدمه كأحد القولين في اختلاف المقومين في المسروق.

قلت: ولهاتين المسألتين نظائر من ذلك إذا شهد رجلان أن فلانا قتل فلانا وشهد آخرون أنه كان حينئذ في بلدنا بحيث لا يمكن قتله فقال سحنون: يقتل لأن من أثبت حكما أولى ممن نفاه وهو مشهور المذهب.

وقال القاضي إسماعيل: يقضى ببينة البراءة ولا يقتل وكذلك وقع الخلاف فيما إذا شهدت بينة بالعدم وأخرى بالملاء على ثلاثة أقوال ثالثها: يقضى بأعدل البينتين فإن تكافأت قضي ببينة الملاء، وكذلك إذا عدلت البينة رجلاً وجرحته أخرى فقيل بينة الجرح أولى.

وقيل: يقضى بالأعدل، وكذلك إذا شهدت بينة أنه نكح في المرض المخوف، وأخرى في الصحة وذكر هذه المسألة ابن حارث، وذكر فيها ثلاثة أقوال ابن خويزمنداد وذكر فيها ثلاثة أقوال: ثالثها: يقضي بالتي هي أرجح وإليك النظر في بقية

النظائر، وظاهر كلام الشيخ أنه لا يسجن، وإن كثر ذلك منه، وهو كذلك وعليه العمل.

وقال ابن حبيب إن المشهور بالفسق لا بأس أن يطاف به ويشهر واستحب مالك أن يلزم السجن.

(ويجرد المحدود):

قال مالك: وتترك له يداه يتقي بهما ولا تشد بالحبال، وقاله علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

قال الباجي عن محمد: لا يتولى ضرب الحد قوي ولا ضعيف، ولكن وسط الرجال. قال مالك: وكنت أسمع أنه يختار العدل ويضرب في الظهر والكتفين دون سائر الأعضاء، ولأبي زيد عن ابن القاسم إن ضرب على ظهره بالدرة أجزأه، وما هو بالبين.

قال الشيخ أبو محمد عن ابن عبد الحكم: أحب إلي أن يكون ضرب الحدود بين يدي القاضي لئلا يتعدى فيها.

(ولا تجرد المرأة إلا مما يقيها الضرب، ويجلدان قاعدين):

لأنها عورة واستحسن مالك أن تجعل في قفة.

(ولا تحد حامل حتى تضع ولا مريض مثقل حتى يبرأ):

لأنه يخشى عليهما الموت وليؤخرهما وينظر للجلد اعتدال الهواء مطلقًا على المشهور وقيل: لا يؤخر في الحر قاله في الموازية والحق أنه خلاف في حال كما قاله بعض الشيوخ.

قال اللخمي: إن كان ضعيف الجسم يخاف عليه الموت من الحد سقط وسجن وإن كان الحد قصاصًا رجع إلى الدية، وفي كونها في ماله أو على العاقلة قولان وإن كان حد قذف فمن حق المقذوف تفريق ذلك عليه، وكذلك حد الزنى والشرب.

(ولا يقتل واطئ البهيمة وليعاقب):

لولا قوله وليعاقب لاحتمل قوله أن يقام عليها أنه يحد حد البكر فكأنه قال: ولا يحد واطئ البهيمة وليعاقب،وما ذكر هو المشهور، وقيل: يحد قاله ابن شعبان، وقال الطرطوشي: لا يختلف قول مالك إن البهيمة لا تقتل وإن كانت مما يؤكل أكلت.

(ومن سرق ربع دينار ذهبًا أو قيمته يوم السرقة ثلاثة دراهم من العروض أو وزن ثلاثة دراهم فضة قطع إذا سرق من حرز):

قال بعض شيوخنا: السرقة أخذ مكلف حرًا لا يعقل لصغره أو مالا محترما لغيره

نصابًا أخرجه من حرزه بقصد أخذه خفية لا شبهة له فيه.

وما ذكر الشيخ أنه يشترط أن يكون مقدار المسروق ربع دينار أو ثلاثة دراهم هو مذهب الجمهور، وقال الحسن وغيره: ويقطع فيما سرق مما تكون له قيمة وإن قل واحتجوا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده**»[1].

وتأوله الجمهور كما قاله البخاري قال الأعمش: كانوا يرون أنه بيض الحديد، والحبل كانوا يرون أنه مما يساوي دراهم واضطرب العلماء في مقدار ما يقطع فيه على عشرة أقوال محلها المطولات.

وظاهر كلام الشيخ أن التقويم لا يكون إلا بالدرهم من غير اعتبار غالب مما يباع به ذلك العرض، وهو كذلك على المشهور، وهو ظاهر المدونة ونص الموازية وقيل: يبنى على الأغلب قاله الأبهري وعبد الوهاب وتؤول على المدونة وقيل: إن التقويم لا يكون إلا بالذهب ولو كان المسروق دراهم حكاه ابن حارث عن ابن عبد الحكم وبه قال الشافعي، ونقل عبد الحق عن بعض شيوخ صقلية أن السرقة إن كانت في بلد إنما يتعامل فيه بالعروض قوم في أقرب البلدان إليه التي يتعامل فيها بالدراهم.

قال ابن رشد: وهو خطأ صراح إذ قد تكون ببلد السرقة كاسدة لا قيمة لها فيه، وفي قيمة بلد الدراهم كثيرة فيؤدي إلى قطع اليد في أقل من نصاب، ويريد الشيخ أنه إذا سرق ما يقطع فيه مرة واحدة، وأما لو كان عن تكرار فلا يقطع مطلقًا.

وقال سحنون: إلا في فور واحد، قال في المدونة: ولو سرق ثوبًا قيمته دون النصاب وفيه دنانير أو دراهم لا يشعر بها قطع بخلاف حجر، أو خشبة فيهما ذلك، وقيدها اللخمي بما إذا كان الثوب مما جرت العادة أنه يحمل فيه الدراهم كالصر وإلا فشبهة تدرأ الحد.

ونص أصبغ على أن من سرق ليلا عصا مفضضة وفضتها ظاهرة، وقال: لم أر الفضة بالليل فإن رئي أنه لم ير ذلك لم يقطع، وأقام ابن رشد من مسألة المدونة مثل ما قال ابن كنانة فيمن حلف أن لا يأخذ من فلان درهما فأخذ منه قميصًا وفيه درهم مصرور وهو لا يعلم ثم لما علم رده إنه إن كان مما تجعل في مثله الدراهم فهو حانث، وإلا فلا. قال أشهب: لا شيء عليه، وقال ابن القاسم: إنه حانث ورد ابن عبد السلام الإقامة المذكورة بأن البابين مختلفان لما قد علمت أن الحدود تدرأ بالشبهات وإن

---

(١) رواه البخاري (٦/٢٤٨٩)، ومسلم (٣/١٣١٤).

الحنث يقع بأدنى سبب وتردد المغربي هل هذا مما يفرق به أم لا؟ وعزا بعض شيوخنا ما وقع التفرقة به لنفسه.

(ولا قطع في الخلسة ويقطع في ذلك يد الرجل والمرأة والعبد):

يعني به الخطفة وألحقوا بذلك إذا رئي وهو في الحرز فهرب بما معه فإنه لا يقطع.

واختلف إذا تركه وأحضر من يشهد عليه وهو قادر على منعه على ثلاثة أقوال ففي الموازية: لا يقطع وقاله مالك، وقال ابن القاسم يقطع وكلاهما نقله الشيخ أبو محمد، وقيل: الفرق بين أن يشعر برؤيتهم له فيفر فلا يقطع؛ لأنه مختلس وبين أن لا يشعر بذلك فيقطع لأنه سارق وذكره ابن شاس عن بعض المتأخرين وعزا ابن هارون الأول لمحمد فقط، ولم يعز الثالث إلا لمالك.

قال بعض شيوخنا: ولا أعرفه لغيره.

(ثم إن سرق قطعت رجله من خلاف ثم إن سرق فيده ثم إن سرق فرجله ثم إن سرق جلد وسجن):

ما ذكر الشيخ من صفة الترتيب هو مذهبنا وذهب عطاء إلى أنه لا تقطع منه رجل، وإنما تقطع الأيدي فقط، وما ذكر من أنه إذا سرق في الخامسة أنه يجلد ويسجن هو المشهور، وقال أبو مصعب: يقتل كما قال رسول الله ﷺ وعثمان وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم، ولو كانت اليد اليمنى شلاء فقيل: إن الرجل اليسرى تقطع.

وقال أبو مصعب: تقطع الشلاء ومثله عن ابن وهب نقله ابن زرقون وعنه تقطع إذا كان ينتفع بها ذكره اللخمي عن مختصر ما ليس في المختصر والقولان الأولان في المدونة قال فيها: إن سرق ولا يمين له أو له يمين شلاء قطعت رجله اليسرى.

قال مالك: ثم عرضتها عليه فقال: امحها، وقل تقطع يده اليسرى وقوله في الرجل اليسرى أحب إلي وبه أقول، وتقدم أن هذه من الممحوات الأربع وإليك النظر في بقيتها ولو قطع الجلاد أو الإمام اليسرى عمدًا فله القصاص والحد باق وإن كان خطأ فإنه يجزئ خلافًا لابن الماجشون والعقل له.

(ومن أقر بسرقة قطع وإن رجع أقيل وغرم السرقة إن كانت معه وإلا أتبع بها):

يريد إذا كان طائعا وأما إذا كان أقر بها من غير طوع ففي ذلك خمسة أقوال ذكرها اللخمي فقيل إقراره كالعدم قاله مالك، وقال سحنون: يعول على إقراره.

وقال أشهب: بالأول إن لم يعين، وبالثاني إن عين وعرف أنها للمسروق منه.

ووقع لابن القاسم ما يقتضي أنه لا يؤخذ إلا أن يعين وينضاف إلى ذلك ما يدل على صحته كقوله اجترأت.

وقال مالك في المدونة: إن عين السرقة قطع إلا أن يقول دفعها لي فلان، وإنما أقررت لما أصابني ولو أخرج دنانير لم يقطع ؛ لأنها تعرف.

قلت: وجرت عادة أمراء إفريقية بضربه الضرب الوجيع كالخمسمائة سوط والألف فإن اعترف ربما أمروا بقتله لكونه محاربًا لإتيانه بالسلاح وليس بحكم شرعي، وإنما الخلاف السابق في الضرب اليسير أو التهديد بالقول أو بالسجن والله أعلم.

وإن رجع عن إقراره إلى شبهة سقط القطع باتفاق وفي غير شبهة روايتان وتثبت السرقة بالبينة كالإقرار بها طوعا.

وفي المدونة: وينبغي للإمام إذا شهدت عنده بينة على سرقة أن يسألهم عن السرقة ما هي ؟ وكيف هي ومن أين أخذها ؟ وإلى أين أخرجها؟ كما يسألهم في الزنى، وأراد بقوله: ينبغي على الوجوب وظاهره سواء كانوا عالمين بالأحكام الشرعية أم لا، وهو كذلك خلافًا لسحنون في قوله: إنما يسأل من كان جاهلا، ومعنى كما يسأل في الزنى إشارة إلى الضبط فيما ذكر فقط؛ لأن المعروف أنه لا يشترط معاينة إتيان بينة السرقة للشهادة بها، وفي نظائر أبي عمران الصنهاجي اشتراط ذلك، ولم يحك غيره وتبعه القرافي.

قال بعض شيوخنا: وهو وهم وظاهر كلامه أنهما انفردا بذلك وليس كذلك بل ذكره ابن حارث في كتابه المسمى بأصول الفتوى عن مالك ولم يحك غيره ولفظه قال المغيرة: سمعت مالكًا يجيز شهادة الأفذاذ في كل شيء من النكاح والطلاق والعتاق والقذف وشرب الخمر ما خلا الزنا والسرقة.

(ومن أخذ في الحرز لم يقطع حتى يخرج السرقة من الحرز):

قال ابن الحاجب: الحرز ما لا يعد الواضع فيه في العرف مضيعا للمال ثم قال رحمه الله وظهور الدواب حرز فحمله ابن هارون على ظاهره دون تقييد.

وقال ابن عبد السلام: كذا قال في المدونة: وظاهر سياق الكلام هنا أن ذلك مشروط بما إذا كان معه ربه ما لم يخرج إلى الخلسة. قال بعض شيوخنا: وفيما قاله نظر ؛ لأن لفظها والدور حرز لما فيها غاب أهلها أو حضروا وكذلك ظهور الدواب وبهذا اللفظ نقلها ابن يونس ولم يقيدها.

واختلف إذا سرق القناديل من المسجد على ثلاثة أقوال: فقيل: القطع فيها ثابت قاله أصبغ وابن الماجشون، وروي عن مالك وقيل بنفي القطع قاله أشهب وقيل: إن كان عليها غلق قطع، وإلا فلا والثلاثة لابن القاسم، وفي الحصر خمسة أقوال الثلاثة المذكورة.

وقال سحنون: إن ربط بعضها ببعض قطع وإلا فلا، وعن ابن القاسم إن سرقها نهارا لم يقطع، وإن سرقها ليلا قطع،وسمع عيسى بن القاسم: من سرق أبواب المسجد قطع وللشيخ أبي محمد عن الموازية قال أشهب: لا قطع في بلاط المسجد، وقال أصبغ: يقطع.

(وكذلك الكفن من القبر):

ظاهر كلامه: ولو كان القبر في الصحراء، وهو كذلك ومثله إذا ألقي الميت في البحر فهو كالقبر وسواء شد في خشبة أم لا ؛ لأنه قبره ونص عليه ابن شاس، وما ذكر أنه يقطع سارق الكفن هو مذهب الجمهور، وقال أبو حنيفة وغيره إنه لا يقطع، وقال ربيعة: إنه محارب.

(ومن سرق من بيت أذن له في دخوله لم يقطع):

مثله الرجل يدخل إلى حانوت التاجر ليشتري منه فيسرق فإنه لا يقطع للإذن له في الدخول، اللخمي إن سرق أحد الزوجين من مال الآخر فإن كان من موضع لم يحجر عليه لم يقطع، وإن كان من موضع محجور بائن عن مسكنهما قطع، وإن كان معهما في بيت واحد فسرق من تابوت مغلق أو من بيت محجور معهما في الدار والدار غير مشتركة.

فقال ابن القاسم: يقطع وفي الموازية لا يقطع وعدم القطع أحسن إن كان القصد بالغلق التحفظ من أجنبي يطرقهما وإن كان ليتحفظ كل واحد منهما من الآخر قطع وإن سرق الزوج من شيء شورها به ولم يبن به قطع على القول بأنه وجب جميعه لها وعلى القول الآخر أنه مترقب لا يقطع كما لو كانت أمة فأصابها وتقدم الخلاف في حصر المسجد وشبهها ولو أخرها إلى هنا لكان أولى.

(ولا يقطع المختلس):

قال الفاكهاني: انظر لم كرر الاختلاس، وقد تقدم وهو ساقط هنا في بعض النسخ، ولكن هو في روايتنا.

(وإقرار العبد فيما يلزمه في بدنه من حد أو قطع يلزمه وما كان في رقبته فلا إقرار له):

خالف أشهب رحمه الله في إقراره بالقتل فقال: لا يلزمه كإقراره بالمال

والمعروف لا قطع عليه إذا سرق من مال سيده مطلقًا، وقيل: يقطع فيما حجر عليه قاله في مختصر الوقار، وبه قال أبو مصعب ويريد الشيخ بالعبد من فيه شائبة رق كالمدبر، وأم الولد، وهذا ما لم يعين السرقة فإن عينها حلف السيد على نفي دعوى المدعي.

وأما المأذون وشبهه فإقراره معمول به ومن ادعى على عبد دعوى فلا يمين عليه، وكذلك السفيه على معروف المذهب وفي أحكام ابن سهل لأبي محمد الأصيلي توجه اليمين عليه بذلك متعقبًا قول الأندلسيين بسقوطها واحتج بتوجه اليمين على من أحاط الدين بماله وعلى ذات الزوج بدعوى أكثر من ثلثها.

قلت: ورده بعض شيوخنا: بأن السفيه لا يجوز إقراره ولو لزمته اليمين فإن لم يوجب نكولها غرمه لم تكن له فائدة فإن وجبت لزم إعمال إقراره وإقرار من أحاط الدين بماله لازم وكذلك الزوجة فيما ادعي عليه بأكثر من ثلثها بمعارضة إن كانت الدعوى بها وإن كانت بعطية منعت توجيهها عليها فتأمله.

قلت: ولا يتخرج قول الأصيلي في العبد لأن المال للسيد.

(ولا قطع في ثمر معلق ولا في الجمار في النخل، ولا في الغنم الراعية حتى تسرق من مراحها وكذلك التمر من الأندر):

قال الفاكهاني يريد إذا كان في الحائط قال: وأما النخلة تكون في الدار فإنه يقطع سارقها قاله ابن المواز.

قلت: وظاهر كلام الشيخ ولو كان على الثمر غلق، وهو كذلك عند ابن الماجشون، وقال ابن المواز: لو دخل سارق دارًا فسرق من ثمرها المعلق في رأس النخلة فإنه يقطع قال اللخمي: فيلزم عليه إذا كان النخل أو الكرم أو غيره من الثمار عليه غلق، وعلم أنه أحيط به من السارق أو كان لا غلق عليه حارس أن يقطع.

واختلف قول مالك إذا سرق من الزرع بعد حصاده وهو في موضعه لم ينقل على موضع الحرز، وفي المدونة من احتمل بعيرا من القطار في مسيره وبان به فإنه يقطع.

وقال ابن يونس: روى ابن المواز: وإذا سيقت الإبل والدواب للرعي، وهي تسار غير مقطورة فمن سرق منها قطع ما لم تنته للرعي والمقطورة أبين وكذلك الزوامل، وكذلك إن رجعت من الرعي، وهي تسار غير مقطورة وقد خرجت من حد الرعي ولم تصل إلى مراحها فإنه يقطع سارقها.

قال اللخمي: اختلف إن سرق منها، وهي سائرة إلى المرعى أو راجعة منها ومعها من يسوقها فقيل: يقطع وقيل: لا.

(ولا يشفع لمن بلغ الإمام في السرقة والزنا):

ظاهر كلام الشيخ، وإن كان السارق والزاني قد تابا وحسنت حالتهما، وهو كذلك وحديث ماعز مع الغامدية يدل عليه.

(واختلف في ذلك في القذف):

قال الشيخ أبو الحسن اللخمي رحمه الله تعالى: اختلف قول مالك في حد القذف هل هو حق لله أو للمقذوف لجعله مرة للمقذوف وأجاز عفوه وإن بلغ الإمام، ومرة جعله لله فلم يجز العفو ولو قبل الإمام إلا أن يريد سترا على نفسه ولم يختلف أن عفوه جائز إذا أراد سترا، وهذا يحسن فيمن لم يعرف بذلك، وكان ذلك منه فلتة.

وقال ابن رشد في المقدمات: لا خلاف أنه حق للمقذوف وهل هو حق لله تعالى في ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن فيه حقًا لله فلا يجوز فيه العفو بلغ الإمام أم لا. وهو دليل سماع أشهب وعليه يقيمه الإمام إن بلغ إليه صاحبه أو أجنبي.

والثاني: لا حق لله فيه تعالى ولصاحبه العفو مطلقًا وهو أحد قولي مالك في السرقة والرجم من المدونة.

والثالث: حق لصاحبه ما لم يبلغ الإمام فإذا بلغه صار حقًا لله، ولم يجز لصاحبه العفو عنه إلا أن يريد سترا وهو أحد قولي مالك.

قلت: فإذا عرفت هذا فاعلم أنه خلاف قول الشيخ ؛ لأن ظاهر كلامه يقتضي أنه لا خلاف في العفو قبل بلوغ الإمام وليس كذلك، ولما ذكر ابن الحاجب أن حد القذف من حقوق الآدميين على الأصح قال: وعليهما تحليفه عليه.

قال ابن عبد السلام: أما عدم توجه هذه الدعوى على أنه حق لله تعالى فصحيح، وأما توجهها على كونه حقًا للآدمي ففيه نظر إلا لو كان حقًا ماليا، وأما إذا كان حقًا بدنيا فلا يلزم، وقد قال أشهب: فيما قدمنا أن القاتل إذا ادعى على ولي القتيل أنه عفا عنه لم تتوجه هذه الدعوى ولم يحلف لها، واعترضه بعض شيوخنا بأن في كلامه الوهم من وجهين:

أحدهما: أن القاعدة لا يستشكل التخريج المطلق على أصل المذهب إلا لمخالفة المشهور وأما مع موافقته فلا وهو ههنا موافق قال في كتاب الديات من المدونة ما نصه: وإن ادعى القاتل أن ولي الدم عفا عنه فله أن يستحلفه فإن نكل ردت اليمين على القاتل ابن يونس يحلف يمينا واحدة لا خمسين يمينا ؛ لأن المدعى عليه إنما

كان يحلف يمينا واحدة أنه ما عفي عنه فهي اليمين المردودة.

الثاني: من اطلع على كلامه هذا يعتقد أن المذهب أو المعروف منه عدم توجه دعوى العفو عن الدم وهو غلط فتأمله منصفا.

(ومن سرق من الكم قطع):

ظاهر كلام الشيخ وإن كان المسروق من كمه نائما وهو كذلك باتفاق وكذلك الجيب زعم بعض الشيوخ الاتفاق عليه ويمكن أن يتخرج قول من أنه لا يقطع من أحد نقلي ابن شعبان وغيره في المودع إذا وضع الوديعة في جيبه فضاعت أنه ضامن وقد تقدم قول الحاجب في الحرز ما لا يعد الواضع فيه في العرف مضيعا للمال ومن سرق صبيا فإنه يقطع وقيل: بعكسه قاله ابن الماجشون.

وقال أشهب: بالأول إن كان لا يعقل. وبالثاني: إن كان يعقل، وقال اللخمي: أرى أن لا يقطع إلا أن يكون ببلد يخشى فيه على أطفالهم من السرقة.

وأما من سرق ما على صبي من حلي ففي الموازية: إن كان صغيرا لا يعقل، ولا حافظ له وليس في حرز لم يقطع وإلا قطع عليه.

قال الباجي: فأورد الروايتين على الإطلاق، وقال في المدونة: إن دهن رأسه ولحيته بدهن في الحرز ثم خرج فإن كان في الدهن ما يبلغ ربع دينار قطع وإلا فلا.

قال بعض شيوخنا: يقوم منها ما نص عليه ابن شاس، وابن الحاجب، أو من ابتلع درة وخرج فإنه يقطع ولا أعرفها بنصها إلا للغزالي في الوجيز.

(ومن سرق من الهري أو بيت المال أو المغنم فليقطع وقيل: إن سرق فوق حقه من المغنم فليقطع، وقيل: إن سرق فوق حقه من المغنم بثلاثة دراهم قطع):

لا خلاف أن من سرق من الهري أنه يقطع وهو موضع يختص بالطعام.

قال الفاكهاني: رويناه بتشديد الياء والقول بأنه يقطع في الغنيمة هو لابن القاسم والقول بأنه لا يقطع لابن الماجشون، وصوب لتحقق الشركة وقيل: لابن القاسم في كتاب السرقة من المدونة أليس له فيها حصة؟ قال: قال مالك، وكم تلك الحصة ففهم منه أن القطع إنما هو مع كبر الجيش وقلة الغنيمة ولو انعكس الفرض لكانت كمسألة الشريكين، والقولان في العتق الثاني من المدونة لابن القاسم وغيره ولم يذكر في السرقة غير ابن القاسم.

وما ذكر الشيخ أنه يقطع إذا سرق من بيت المال، هو كذلك باتفاق وعلل ذلك في كتاب العتق من المدونة بأن من له فيها حق باق لأنه لا يورث عنه ولما ذكر ابن

الحاجب أن من سرق من مال شركة لم يحجب عنه فإنه لا يقطع قال بخلاف بيت المال والغنائم المحجورة فإنه كالأجنبي على المشهور.

قال ابن عبد السلام: فظاهره أن الخلاف فيهما وليس كذلك إذ الاتفاق في بيت المال على القطع.

قلت: والصواب أنه إنما قصد ذكر الخلاف في الثانية خاصة ؛ لأن قوله ما بخلاف بيت المال أي فإنه يقطع وقوله والغنائم أي: وبالخلاف في الغنائم فهي مسألة مستقلة بذاتها والله أعلم.

ولو أراد فهما عنه لقال على المشهور فيهما والله أعلم.

(ويتبع السارق إذا قطع بقيمة ما فات من السرقة في ملائه ولا يتبع في عدمه):

المراد بالملإ أن يكون من حين السرقة إلى حين القطع عند الأكثر وعند أشهب إلى حين القديم، وقيل: لا يغرم إذا أتلفها مطلقًا لقول عبد الوهاب عن بعض شيوخنا غرمه استحسان والقياس عدمه، وقيل: عكسه نقله اللخمي عن حكاية ابن شعبان قائلاً، وقاله غير واحد من أهل المذهب.

قلت: وهو الصواب لأن القطع إنما هو لله بدليل أن عفوه لا يرفع عنه القطع.

(ويتبع في عدمه لما لا يقطع فيه من السرقة):

ما ذكر متفق عليه فيما علمت كما أنه إذا قطع وهي قائمة فربها أحق بها.

باب في الأقضية والشهادات

قال الأبهري: القضاء في اللغة: على وجوه: مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه، قال الله تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلْأَرْضِ ﴾ [الجمعة: ١٠] وفي الاصطلاح: قال بعض شيوخنا: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ الحكم الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأحكامهما وأخواتهما والإمامة، وقول بعضهم هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره.

وطلب خطة القضاء على ثلاثة أقسام: فيجب عليه إذا كان من أهل الاجتهاد والعدالة ولا يكون هناك قاض أو يكون ولكن لا تحل ولايته وتستحب في مثل إذا كان هناك عالم مجتهد خفي علمه على الناس فأراد أن يشهره بولاية القضاء ليعلم الجاهل ويفتي المسترشد ويحرم في مثل إذا كان ليس من أهل العدالة، والأصل أن ذلك مكروه إلا لعارض ولم تزل العلماء قديما وحديثا يهربون من الحصول فيه ولما طلب ابن وهب

للقضاء استخفى عند بعض الناس فأشرف عليه رجل من أصحابه فقال: يا أستاذ ما بالك لم تتقدم تحكم بين الناس بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم؟ فقال: «يا فلان بينا أنا أرجو أن أحشر في زمرة العلماء أو زمرة الأنبياء أحشر في زمرة القضاة وزمرة السلاطين لا أفعل ذلك أبدًا»[١].

وبقي ابن الأغلب يطلب سحنون بن سعيد نحوا من عام وهو يمتنع منه حتى حلف له لئن لم تتقدم لأقدمن على الناس رجلاً من الشيعة فتقدم لما تعين عليه على شروط شرطها عليه، ولم يتقدم عبد الله بن فروخ في القيروان إلا كرها ثم لما جلس في الجامع فرح الناس له وكبروا حتى سمع الأمير تكبيرهم من قصره فلما أتى الخصماء يدلون بالحجج جعل لا يأتي له رجلان يدليان بحجتهما إلا بكى ويقول: يا فلان ويا فلان أترضيان أن أدخل النار بسبب حكمي بينكما ناشدتكما الله إلا ما قمتما عني ويقومان عنه وبكى كثير من الناس لبكائه فقيل للأمير: إن لم تعفه يموت من البكاء فقال لهم قولوا له: أخبرني من يتولى القضاء بعدك، وأعفيك فقال: إن كان ثم أحد فما ثم إلا ابن غانم فأعفاه، وتقدم ابن غانم وكذلك عيسى بن مسكين رضي الله عنه لم يتول القضاء إلا بعد إشراف على الموت حسبما هو مذكور في محله، وبالجملة فإن المتقدمين رضي الله عنهم على قدر هروبهم منه وبعدهم على جلالة قدرهم طلب أهل زماننا القرب منه بعضهم بالتصريح، وبعضهم بالإشارة وبعضهم بصحبة السلطنة أو من ينتمي إليها إلى غير ذلك فشتان ما بين الفريقين فإنا لله وإنا إليه راجعون وللقضاء شروط كمال وشروط وجوب محلها المدونة.

(والبينة على المدعي واليمين على من أنكر) [٢]:

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) فصل والبينات تختلف باختلاف الحقوق المشهود بها من التوسعة والتضييق والضعف والتأكيد وما تدعو إليه الضرورة فيجوز فيه ما لا يجوز في غيره.

وجملته ثلاثة أنواع: شهادة ويمين وكتاب قاض إلى قاض وتزيد على ذلك رابعًا وهو معنى يقتضيه شاهد الحال ثم بعد ذلك على ثلاثة أضرب: منها منفرد بنفسه ومنها ما لا ينفرد بنفسه ومنها ما تختلف أحكامه فينفرد بعضه ولا ينفرد سائره وجملة أعدادها قد أتينا على ذكره وهو في التفصيل ستة عشر:

منها: أربعة شهود من الرجال البالغين والثاني: رجلان عدلان والثالث: رجل وامرأتان والرابع: شاهد ويمين والخامس: امرأتان ويمين والسادس: شاهد ونكول المدعى عليه. والسابع: امرأتان ونكول المدعى عليه. والثامن: يمين المدعي ونكول المدعى عليه. والتاسع: امرأتان =

مع ظهور المشهود به واستفاضته. والعاشر: امرأتان بانفرادهما. والحادي عشر: شهادة الصبيان في الجراح. والثاني عشر: كتاب قاض إلى قاض. والثالث عشر: اللوث مع أيمان الأولياء في القسامة. والرابع عشر: معرفة العفاص والوكاء في اللقطة. والخامس عشر: اليمين مع قوة السبب. والسادس عشر: شهادة السماع. والحقوق المشهود فيها ستة وهي: أحدها: حقوق أبدان وأحكام تثبت فيما يطلع عليها الرجال في غالب الحال وذلك كالنكاح والطلاق والعتاق والرجعة ورؤية الأهلة والقتل والجراح والثاني: حقوق أبدان مستتريها جملة عن الرجال والنساء كالزنا واللوط والثالث: حقوق أبدان لا يطلع عليها الرجال في غالب الحال ويطلع عليها النساء كعيوب النساء والولادة والاستهلال والرضاع والرابع: أموال كالقرض والوديعة والعارية والرهن والغصب وغير ذلك والخامس: حقوق أبدان متعلقة بأموال هي المقصودة بها كالوكالة في الأموال وحقوقها والسادس: حق يندر من ذلك ويقل وقوعه وقد يكون في البدن وقد يكون في المال كاللقطة والسرقة وجراح الصبيان وما تدعو إليه الضرورة ثم نحن نفصل ذلك على ترتيب الكتاب.

فأما الأربعة الشهود فللزنا واللواط والشهادة على الشهادة فيهما وكتاب القاضي بهما وأما الرجلان فلحقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال غالبًا وأما الرجل والمرأتان فللأموال وحقوقها وفي حقوقها المتعلقة بالأبدان خلاف.

وأما الشاهد واليمين والمرأتان واليمين والشاهد والنكول فللأموال وما يقصد به المال فقط دون حقوق الأبدان المتعلقة بالأموال وقد بينا الخلاف في الشاهد والنكول وحكم المرأتين والنكول وحكم الشاهد واليمين وكذلك يمين المدعي مع النكول.

وأما المرأتان بانفرادهما ففي عيوب النساء والولادة والاستهلال وأما المرأتان مع الظهور والاشتهار ففي شهادتين بالرضاع وقيل: تكفي شهادتهما فقط.

وأما شهادة الصبيان في الجراح والقتل على شروط تسعة: وهي أن يكونوا ممن يعقل الشهادة وأن يكونوا أحرارا ذكورا محكوما لهم بالإسلام وأن يكون المشهود به جرحا أو قتلا وأن يكون ذلك بينهم خاصة لا لكبير على صغير ولا لصغير على كبير وأن يكونوا اثنين فأكثر وأن يكون ذلك قبل تفرقهم وتحبيبهم وأن تكون شهادتهم متفقة غير مختلفة.

وإذا شهدوا بما حصل عليهم ثم رجعوا عنه بعد تفرقهم إلى غيره أخذوا بأول شهادتهم ولم يلتفت إلى آخر قولهم.

وأما كتاب قاض إلى قاض فيعم كل مشهود به من الحقوق والحدود وأما اللوث في القسامة ومعرفة العفاص والوكاء في اللقطة واليمية مع قوة السبب فقد تقدم كل نوع من ذلك في موضعه.

وأما شهادة السماع ففيما لا يتغير وذلك في أربعة أشياء: في النسب والموت والولاء والحبس والوقف وقيل: في النكاح وتقادم الملك وشهادة الأعمى جائزة وكذلك الأخرس إذا فهم عنه ومن شهد بشهادة ثم رجع عنها فلا يخلو أن يرجع بإكذاب نفسه أو بادعاء غلط في الشهادة
=

هذا مخصوص عندنا بوجهين:

أحدهما: التدمية فإنه لا يفتقر فيها إلى بينة عند مالك والليث وكل العلماء على خلافهم.

والثاني: المغصوبة تحمل ببينة وتدعي الوطء لها الصداق كاملاً اتفاقًا فيما قد علمت، ويكفي في البينتين شاهدان.

وفي العتبية ما ظاهره أنه لا بد من أربعة، قال ابن عبد السلام: وليس بصحيح وإذا ادعى المديان على رب الدين عدمه لزمته اليمين أنه ما يعلم عدمه فإن نكل حلف المدين، حكاه المتيطي رحمه الله في باب النفقات عن جماعة من الفقهاء قال: ونحوه لابن شعبان وبه كان يفتي ابن الفخار.

قلت: وكان الشيخ أبو إسحاق بن عبد الرفيع حكم به بتونس فترك أكثر الناس حقوقهم من أجل اليمين فحكم بعدم توجهها عموما واستمر عليه العمل إلى الآن، وبه أفتى بعض شيوخنا فيمن لا يظن به علم حال المدين لبعده عنه وعلى الأول فاختلف إذا توجهت اليمين على المطلوب فقيل: يحلف على البت، قاله أبو عمران.

قيل: على العلم إذ قد يكون مالك مالا من إرث أو هبة، ولم يعلم.

قال الشيخ ابن رشد: وقول أبي عمران ظاهر المجموعة وأشار اللخمي على أن من كان ظاهر الفقر بدناءة حاله وصناعته كالبقال والخياط ممن شأن أهلها العدم يقبل قوله في العدم ولا يحبس إلا أن تكون الدعوى في يسير عومل فيه في صنعته فلا يصدق حتى يثبت ذلك، وللمدعى عليه أن يسأل عن السبب قاله أشهب.

واختلف إذا قال المدعي: نسيت هل يقبل قوله بغير يمين أو به ؟ على قولين

=

فإن كان بإكذاب نفسه نظر فإن كان قبل الحكم لم يحكم بشهادته الأولى ولا غيرها وإن كان بعد الاستيفاء فلا يخلو المشهود به أن يكون قتلا أو حدا أو طلاقًا أو مالا ففي القتل والحد خلاف قيل يقتص منهما في العمد وقيل: يغرمان الدية وفي ادعائهما الغلط يغرمان الدية ولا يمنع ذلك قبول شهادتهما في المستأنف وفي المال يغرمان ما تلف بشهادتهما وفي الطلاق إن كانوا شهدوا به والزوج مقر بالطلاق ومنكر للدخول غرموا نصف الصداق وكذلك لو كان قبل الدخول والزوج منكر للنكاح وفي العتق يغرمان قيمة العبد ولذلك فروع لا يحتمله الكتاب.

ولو ثبت فسق الشهود بعد الحكم والاستيفاء بشهادتهم لم يلزم الحاكم شيء مما أتلف بشهادتهم ولو ثبت رقهم أو كفرهم ضمن. انظر التلقين للقاضي عبد الوهاب (٥٣٨/١).

لأشهب والباجي.

(ولا يمين حتى تثبت الخلطة أو الظنة كذلك قضى حكام أهل المدينة):

مراده بالظنة التهمة التي تتنزل منزلة ثبوت الخلطة كالدعاوى على الصناع حسبما نص عليه يحيى بن عمر وألزمه الباجي المنتصبين للتجارة في الأسواق، وذكره ابن شاس غير معزو لإلزام الباجي.

واعترضه ابن هارون وكذلك دعوى الغريب بأنه وضع وديعة عند من يكون أهلا لها في الديانة، والأمانة، والمتهم بالسرقة، وكذلك الرجل يقول عند موته إن لي عند فلان دينًا هذا معنى ما أراد الشيخ بالظنة، والله أعلم.

وقول المغربي: قالوا: أراد بالخلطة المعاملات وبالظنة الغصب والتعدد بعيد، وقال شيخنا أبو مهدي رحمه الله تعالى: بل هو الأقرب ؛ لأنه ظاهر المدونة قال فيها: ومن ادعى قبل رجل دينًا أو غصبًا أو استهلاكًا فإن عرف بمخالطته ومعاملته أو علمت تهمته فيما ادعى قبله من التعدي والغصب ينظر فيه الإمام فإما أحلفه أو أخذ له كفيلا حتى يأتي ببينة وإن لم تعلم خلطته أو تهمته فيما ذكرنا لم يعرض له، وما ذكر الشيخ من ثبوت الخلطة هو المشهور

وقال ابن نافع: لا تشترط، حكاه ابن زرقون ولم يحفظه أكثر شيوخ المذهب كابن حارث وابن رشد قائلاً: مذهب مالك وكافة أصحابه الحكم بالخلطة، وبقول ابن نافع: قال الأندلسيون: واستمر عليه العمل بإفريقية وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهما، واحتجوا بقوله ﷺ: «**لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**»[1] وربما رواه سحنون بإسناده إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**» إذا كانت بينهما خلطة.

وقد تقدم أن المطلق يرد إلى المقيد قالوا: حديثنا أشهر رواية وأثبت نقلا قلنا: هذا لا يمنع من رد المطلق إلى المقيد إذا اشتركا في الصحة وإنما يمنع من ذلك الطعن في رواية أحدهما ثم يترجح ما ذكرناه من جهة المعنى، وهو أن الحرج والمشقة تلحق الناس بالأيمان لا سيما أهل الديانات.

واختلف إذا أقام المدعي البينة بالخلطة فردها المدعى عليه بعداوة أو جرحة هل

---

(١) رواه البخاري (١٦٥٦/٤)، ومسلم (١٣٣٦/٣).

تتوجه اليمين بهذه الدعوى أم لا ؟

فقال ابن القاسم عن مالك: إنها لا تتوجه وقيل: لا بد من توجهها حكاه أبو بكر بن محمد بن اللباد ولم يسم قائله، ويقوم منه أن من شهدت عليه بينة أنه تعرض إلى الجانب العلي وجرحها أنه لا يطلق بل ينكل ثم يرسل.

وبه قال الشيخ أبو إسحاق القابسي رحمه الله تعالى: كأنه لم يشهد عليه إلا أن يكون ممن يليق به ذلك، ويكون الشاهدان من أهل التبريز فأسقطهما بعداوة فهو وإن لم ينفذ الحكم عليه بشهادتهما فالأرجح ظن صدقهما وللحاكم هنا في تنكيله موضع اجتهاد، والله أعلم وهو ولي الإرشاد، ذكره عنه أبو الفضل عياض في الشفاء ولا يتخرج من رواية ابن القاسم أنه يرسل مطلقًا لحرمة الجانب العلي، ولقد بعدنا عن كلام الشيخ فلنرجع إليه.

(وقد قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور):

معناه ما أحدثوا من الفجور مما ليس فيه نص تستنبط أحكامه مما وقع النص فيه بحسب الاجتهاد وظاهر كلام الشيخ أنه لم يحفظه حديثا وذكر ابن وضاح أنه حديث، وأن ابن عاصم كان يحلف الناس بالطلاق تغليظًا عليهم متأولا الحديث على ذلك قال: فذكرت ذلك لسحنون فلم يرتضه.

(وإذا نكل المدعى عليه لم يقض للطالب حتى يحلف فيما يدعي فيه معرفة):

قال شيخنا أبو مهدي رحمه الله: قصد الشيخ بقوله فيما يدعي فيه معرفة إلى أن القاضي لا يقلب عليه يمين التهمة، وفيها يقول ابن رشد في أجوبته، واختلف في توجيه يمين التهمة وفي انقلابها، والأظهر أنها إذا توجهت أن لا ترجع إذ لا يكلف أن يحلف على ما لا يعرف، قال: والذي أراه في ذلك أن تلحق يمين التهمة إذا قويت وتسقط إذا ضعفت.

وقال عبد الحق في النكت المعروف عدم توجهها، ذكر ذلك في كتاب الوكالة.

قلت: وقال ابن زرقون: مذهب المدونة في تضمين الصناع والسرقة أنها تتوجه،وقاله غير ابن القاسم في غير المدونة، وقال أشهب: لا تتوجه وعلى الأول فالمشهور لا تنقلب وفي سماع عيسى أنها تنقلب ولابن رشد مثل ابن زرقون، وما قاله شيخنا في فهم كلام الشيخ فيه نظر ؛ لأن كلامه إنما دل على أنه مطالب أن لا يحلف إلا في الأمر البين، وهل يوجه عليه القاضي ما قال في ذلك مسكوت عنه فليس في كلامه جلاء لا بنفي ولا بإثبات، والله أعلم.

واختلف المذهب هل يبدأ أولا بيمين من توجه عليه الحلف أم لا ؟ على ثلاثة أقوال: فقيل: يبدأ أولا به ثم يؤمر من حلف له بإحضار ما وجب عليه، وقيل: لا يحلف حتى يحضره، واستمر عليه العمل عندنا بتونس، وذكر القولين أبو حفص العطار فذكر الأول عن نفسه، والثاني عن عبد الواحد.

وقيل: يكفي أن يشهد المطلوب أنه ملئ بحقه،ويحلف الطالب ثم يرفع له ولا تقبل منه بينة بالعدم ولم يحك أكثر شيوخ المذهب غيره كابن أبي زمنين وفضل ويؤخذ ذلك من قول جنايات المدونة ومن جنى عبده جناية فقال أبيعه وأدفع الأرش من ثمنه فليس له ذلك إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون أو يأتي بضامن ثقة فيؤخر اليوم واليومين.

وزعم بعض شيوخنا أنه إنما يؤخذ منها القول الثاني الذي عليه العمل، وسمعت شيخنا أبو مهدي غير ما مرة يذكر أن القول الثاني لا يوجد لغير المتأخرين من التونسيين، وفيه نظر إذ هو في تعليقة أبي حفص العطار عن عبد الواحد، وهو غريب فاعلمه.

فإن قلت في عد قول عبد الرحمن نظر لأن أبا حفص ذكر أن المسألة وقعت لعبد الواحد مع امرأة وأن اليمين توجهت عليه.

قلت: لا نظر فيه؛ لأن فتواه ليست بقاصرة عليه، وإنما هي متعدية، وقد ذكروا أن العبد إذا روى حديثا يقتضي عتق نفسه فإنه لا يقدح، وقد أفتى مالك في أم ولده لما استحقت بأخذ قيمتها فقط.

قال عياض: فحكم فيها بقوله وليس في كلام الشيخ ما يدل على شيء من الأقوال الثلاثة بل كلامه أعم لمن تأمله.

وإذا تم نكوله بقوله: لا أحلف وشبهه ثم أراد أن يحلف فليس له ذلك.

قال في كتاب الديات من المدونة فيمن قام له شاهد بحق وأبى أن يحلف ورد اليمين على المطلوب ثم بدا له أن يحلف فليس له ذلك، وأما إذا التزم المدعى عليه اليمين ثم يريد الرجوع إلى إحلاف المدعي فهل له ذلك أم لا ؟

فقال أبو عمران: له ذلك وأباه الشيخ أبو القاسم بن الكاتب وإذا امتنع المدعى عليه من إقرار وإنكار فروى أشهب أنه يحبس حتى يجيب بأحد الأمرين وصححه بعض الشيوخ بقوله: إن طال سجنه ينبغي أن يحمل عليه السوط وفي المسألة أقوال أخر لم أذكرها لطولها.

(واليمين بالله الذي لا إله إلا هو):

ما ذكر الشيخ هو المشهور وقيل: يزاد عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم،

رواه ابن كنانة وبه قال الشافعي كذا عزاه ابن الحاجب لرواية من ذكر وعزاه ابن رشد لقوله في المدونة لا لروايته وظاهر كلام الشيخ لو قال بالله فقط، أو قال: والذي لا إله إلا هو فإنه لا يكفي، وهو كذلك نص عليهما أشهب، وهو ظاهر المدونة.

قال الشيخ: والذي يقتضيه قول مالك أنها يمين مجزئة.

قال: وهو الأحسن ؛ لأنه لا خلاف أن من حلف بذلك فحنث أن الكفارة عليه.

قلت: يرد بأن هذا الباب أخص فيطالب فيه بكمال التهويل، والله أعلم.

وقاله بعض شيوخنا، ولما ذكر المازري قول أشهب قال: وحمل بعض أشياخي على مالك أنه يرى الاكتفاء بقوله والله فقط وإنما يتعلق في هذا بقوله في كتاب اللعان يقول بالله وليس مقصود مالك في اللعان بيان اللفظ المحلوف به.

قال بعض شيوخنا: وإنما اختصت اليمين بهذا الاسم المعظم دون سائر أسمائه تعالى التسعة والتسعين ؛ لأن أسماء الله تعالى كلها صفات ما عدا هذا الاسم فإنه مخصوص به غير صفة بل هو علم، وقد قال سيبويه: الأعلام مختصرات الصفات، ومعناه إذا ذكر الاسم العلم فكأن صفاته مذكورة معه لاشتهاره وعدم خفائه إلى غير ذلك من الوجوه المذكورة في كتب العربية.

(ويحلف قائمًا ويحلف عند منبر الرسول صلى الله عليه وسلم في ربع دينار فأكثر وفي غير المدينة يحلف في ذلك في الجامع، وحيث يعظم منه)

ظاهر كلام الشيخ: أن حلفه قائمًا شرط، وهو ظاهر رواية ابن القاسم ورواية ابن كنانة يحلف جالسًا، وظاهره أنه لا يشترط استقبال القبلة، وهو ظاهر نص المدونة.

وقال مطرف وابن الماجشون: يحلف مستقبل القبلة حكاه اللخمي، وابن يونس عنهما.

وظاهر كلامه أيضًا أنه لا يعتبر وقت الصلاة، ولو كان المال عظيمًا، وهو كذلك في مشهور المذهب، وروى ابن كنانة أنه يعتبر ذلك فيه وعليه يحمل قول ابن الحاجب وقيل: بوقت الصلاة يعني به في المال العظيم هذا الذي أعرفه في المذهب.

وقال الفاكهاني: التغليظ يكون بالمكان والزمان ثم قال: وأما الزمان فبعد العصر قال الأبهري: لأن من شأن أهل الدين أن يرتعدوا في الأوقات الشريفة، والمواضع المعظمة هذا هو الغالب من أهل الدين.

وقال الفاكهاني: وكذلك ينبغي أن يضاف إلى ما بعد العصر زمان رمضان ليله

ونهاره لا سيما ليلة القدر منه ويوم عرفة ويوم عاشوراء ويوم الجمعة فإنها أوقات مشرفة في الشرع معظمة عند الناس.

قلت: وفيما ذكر نظر من وجهين:

أحدهما: أن ما ذكره من التغليظ بالزمان بعد العصر لا أعرفه إلا في اللعان على خلاف فيه حسبما قدمناه.

الثاني: كونه لم يذكر غيره مع أن المذهب على خلافه فكلامه يوهم مطالعة أنه المذهب والله أعلم.

وظاهر كلام الشيخ أيضًا: إن لم يبلغ ربع دينار أنه لا يحلف في الجامع، وهو كذلك نص عليه عبد الملك قائلاً: يحلف في مكانه الذي قضي عليه فيه.

وقال ابن الحاجب: يحلف في مسجد من المساجد وتممه بعض الشيوخ بقوله: فإن لم يكن عندهم مسجد حلف كما قال عبد الملك ولا يكلفه الانتقال إلى الجامع، وأما المرأة فقال في المدونة: تخرج فيما له بال من الحقوق فإن كانت من لا تخرج نهارا فلتخرج ليلا وتحلف في اليسير في بيتها إن لم تكن ممن تخرج ويبعث القاضي إليها من يحلفها، ويجزئ رجل واحد.

وقال عياض في بعض النسخ: لم يذكر نهارا فقيل: يحتمل أنها لا تخرج جملة وهي التي لا تتصرف ولا تخرج من نساء الملوك فيبعث إليها الإمام من يحلفها، ولا يترك خصمها لامتهانها هكذا ذكره عبد الوهاب، وهذا فيما يطالبن به ونحوه لابن كنانة في المدونة.

وقد حلف سحنون أمثال هؤلاء في أقرب المساجد إليهن وأما شيوخ الأندلسيين فرأوا أنه لا بد من خروج هؤلاء فإن امتنعت حكم عليها بحكم الملك، وليس بصواب وفسر أبو محمد الذي له بال بربع دينار، وفي كتاب ابن حبيب مثله في قوله: إنهن كالرجال يحلفن في الجامع في ربع دينار فصاعدا وذهب بعض شيوخنا أنهن بخلاف الرجال، وإن الذي له بال في حقهن هو المال الكثير وأما ربع دينار ونحوه فلا يحلفن فيه في المسجد وكذلك قال محمد.

قلت: وقال اللخمي في كتاب محمد: تحلف المرأة في بيتها في أقل من ربع دينار وفي دينار فأكثر في الجامع فيحمل نقل عياض على ما ذكره ونقل ابن يونس عن ابن الماجشون مثل ما تأوله أبو محمد وعزا المتيطي هذا القول في النكاح لمطرف فقط.

(ويحلف الكافر بالله حيث يعظم):

يريد يقول: بالله الذي لا إله إلا هو فبالله من قوله ترجمة وإنما قلنا ذلك ؛ لأنه رحمه الله تعالى اختصر المدونة على ذلك، ومثله في كتاب محمد قال: يمين الحر والعبد والنصراني في الحقوق سواء وكذلك في كتاب ابن حبيب.

وذهب الشيخ أبو القاسم بن شبلون، وغيره، إلى أنه لا يلزم الكافر ذلك قالوا: لأنهم لا يوحدون، ولا يكلفون ما ليس من دينهم.

قال ابن محرز: وليّس كذلك بل يحلفون كالمسلمين، ولا يكون ذلك منهم إيمانا، ونص عليه المتقدمون من علمائنا ويدل عليه استحلاف المجوس بالله، وهم ينفون الصانع تعالى الله عن قولهم واعتقادهم علوا كبيرا ولم يكن ذلك إيمانا.

قال المتيطي: واحتج ابن الهندي لعدم الزيادة بأن إلزامه ذلك إكراه في الدين والله تعالى يقول: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦].

وقال اللخمي: يلزم اليهودي الزيادة لأنهم يوحدون بخلاف النصراني المتيطي وفيه نظر لأن اليهود قالوا: عزير ابن الله.

وحكى ابن شعبان عن رواية الواقدي: يحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى.

وقال ابن المواز في مجوسية أسلم زوجها وتلاعنا فقالت: أقول والنار لا أحلف بالله فقال: لا تحلفي إلا بالله، وقال اللخمي: ينبغي أن يحلفوا بما يعظمون لما في ذلك من استخراج الحق كحلفهم في كنائسهم وبيعهم، وبيت نارهم، ولا فرق.

قال ابن هارون: هو بعيد.

قلت: وجه بعده أن الحلف بغير الله أشد من السير إلى ما ذكر.

وقال الشيخ أبو الحسن القابسي رضي الله عنه: ولو أراد المسلم أن يحلف الكافر يوم السبت فله ذلك.

وقال غيره من المتأخرين: ليس له ذلك والقولان حكاهما المازري فخصص بعضهم الخلاف باليهودي لأن النصراني لا يعظم يومًا وعممه ابن عات فيهما. قال: لأن يوم السبت لليهود ويوم الأحد للنصارى كذا عزاه بعض شيوخنا والذي في الطرر عن نقل ابن فتحون إنما الخلاف في اليهودي فقط، ولولا الإطالة لذكرنا لفظه، ولما وقف بعض أصحابنا على كلامنا هذا استثبت شيخنا في نقله وأحضر له مختصره وطرر ابن عات وعرفني أنه أصلح تأليفه وعاجلني السفر إلى جزيرة جربة قاضيا فلا أدري

كيف أصلحه، ولا يحلفون في الكنسية إلا في ربع دينار، وقال المشاور: الحكم كذلك في القليل والكثير حكاه ابن عات.

(وإذا وجد الطالب بينة بعد يمين المطلوب لم يكن علم بها قضى له بها، وإن كان علم بها فلا تقبل منه، وقد قيل تقبل منه):

ما ذكر أنه يعمل على البينة إذا لم يكن عالما بها هو كذلك باتفاق، وأما إذا كان عالما بها فذكر رحمه الله قولين فيها، والقول الأول هو نص المدونة، قال فيها: وإن استحلفه بعد علمه ببينة تاركًا لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له إلا أن قوله تاركًا لها، قال أبو إبراهيم سقط في بعض المواضع فقيل اختلاف.

قلت: وعلى القول باشتراطه فهل المراد تصريحا أو إعراضه كاف وعليه الأكثر في ذلك تأويلان عليها حكاهما عياض والقول الثاني من كلام الشيخ رواه ابن نافع وبه أخذ ابن وهب، وأشهب، وهو قول الليث وغيره كالشافعي.

قال ابن يونس: واستحسن بعض فقهائنا القرويين إذا كان أمد البينة يطول عند القضاة ويشتد على الخصم ذلك أن له أن يحلف رجاء أن ينكل وله القيام بها، واختار اللخمي قولاً ففصل فيه لم أذكره لطوله، وكل هذا إذا وجد شاهدان.

قال اللخمي: وأما لو وجد واحد، فقال ابن القاسم، وغيره: يحلف معه ويستحق، وقال ابن كنانة في الواضحة: ليس ذلك لأنه لا يسقط يمينا ولا درأ بها حقًا بيمينه مع شاهده ولكن أتى بشاهدين.

قلت: وعزا القول الثاني أبو محمد من نقل ابن حبيب لمطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ولم يذكر غيره وكذلك أكثر شيوخ المذهب كابن يونس وهو محمول على عدم العلم حتى يثبت العلم قاله سحنون في المدونة.

قال عياض: ثبت ذلك في كتاب ابن سهل لأحمد بن خالد، وابن أيمن عن ابن وضاح ولم يكن عند غيرهما، ولا في كتاب ابن عات، وهو صحيح على الأصل.

قلت: وبه الفتوى عندنا واستمر عليه عمل القضاة، ولا أعرف خلافه.

(ويقضى بشاهد ويمين في الأموال):

ما ذكره هو مشهور المذهب وذكر يحيى بن يحيى أنه لا يحكم به وذكر أن الليث بن سعد كان يفتي به قال أبو حنيفة وغيره وأطبقوا في قولهم حتى قال محمد بن الحسن: يفسخ القضاء به ؛ لأنه خلاف القرآن.

(ولا يقضى ذلك في نكاح أو طلاق أوحد):

ما ذكر في مسألة النكاح هو نص المدونة في كتاب الأيمان بالطلاق. قال فيها: ومن ادعى نكاح امرأة أو أنكرته فلا يمين له عليها، وإن أقام شاهدا ولا يثبت نكاح إلا بشاهدين.

وقال ابن القاسم في الموازية: إذا ادعى الرجل على امرأة نكاحا أو العكس أن اليمين ساقطة ما لم يقم بذلك شاهد فلا بد من اليمين.

قال القاضي عبد الوهاب: فإن نكل جرى على اختلاف قول مالك في دعوى الطلاق مع الشاهد ونقل ابن الهندي لزوم اليمين بمجرد الدعوى لما روي أشبه شيء بالبيع النكاح.

ونقل ابن حارث عن سحنون مثله، وإن كانا طارئين فالمجموع أربعة أقوال، واختلف إذا أقامت المرأة شاهدا بالنكاح على ميت.

قال ابن القاسم: تحلف وترث، وقال أشهب: لا ترث وقيل بالأول: إن لم يورث بقرابة أو ولاء، وبالثاني: إن ورث بذلك، وكذلك الثلاثة في دعوى الرجل النكاح عليها بعد موته، والثلاثة الأقوال حكاها ابن يونس في الصورتين في كتاب الشهادات وسبب الخلاف بين ابن القاسم، وأشهب في الدعوى إذا لم تكن بمال لكنها تؤول إليه ولا يقال لو صح هذا لاطرد في حال الحياة ؛ لأن حال الحياة لا تترتب عليه أحكام أخرى كلحوق النسب.

قال ابن عبد السلام: وقد ورد سؤالا وجوابًا وما ذكر الشيخ رحمه الله تعالى في الطلاق هو كذلك إلا أنه يؤمر بأن يقرأ ويحلف فإن امتنع فاختلف في المسألة على أربعة أقوال حكاها المتيطي:

أحدها: لزوم الطلاق رواه ابن أبي زين، وبه قال أشهب.

قلت: وهو قصور إذ هو أحد الأقوال عن مالك في المدونة في آخر كتاب الأيمان بالطلاق، ولفظها: قال مالك: فإن نكل طلقت عليه مكانه ومثله في العتق الثاني وبه قال ابن عبد الحكم.

الثاني: أنه يسجن حتى يحلف أو يطلق وإليه رجع مالك.

الثالث: أنه يدين وتبقى له زوجته قاله بعض أصحاب مالك.

الرابع: أنه إذا مضى له أربعة أشهر من يوم إبايته عن اليمين فإنه يدخل عليه الإيلاء فإن استمر على الإباية طلق عليه بالإيلاء، وعلى القول بأنه يسجن اختلف في

قدره على ثلاثة أقوال عن مالك فقيل: سنة قال المتيطي: وعليه العمل.

قال ابن عبد السلام وذكره ابن القاسم في أواخر العتق الثاني من المدونة، وأطلق ذلك في الأيمان بالطلاق.

قلت: بل أطلق فيه أيضًا، ولفظه وأنا أرى إن طال سجنه أن يخلى سبيله ويدين نعم هو قول له خارج المدونة كما لا شك فيه، وقيل: إن ذلك يرجع إلى اجتهاد الحاكم وقيل: يسجن أبدًا وهو نص أيمانهم أيضًا، وما ذكر في الحد هو كذلك باتفاق وكذلك في الأدب على المشهور.

وحكى ابن رشد قولاً شاذا إنه يؤدب بالشاهد واليمين.

(ولا في دم عمد أو نفس إلا مع القسامة في النفس وقد قيل: يقضى بذلك في الجراح):

هو قول ابن سحنون يريد كقطع اليد أو موضحة عمدًا.

وقوله: وقد قيل: يقضى بذلك في الجراح هو قول ابن القاسم في شهادات المدونة، وأشار الشيخ لتضعيفه بوجهين:

وهما فقد تقدم القول الأول عليه، وقوله: وقد قيل كقوله في اليتيم، وقد قيل: يتيمم لكل صلاة.

(ولا تجوز شهادة النساء إلا في الأموال):

يريد وما لا يطلع عليه إلا هن كما يقوله الآن والوكالة لطلب المال وإسناد الوصية التي ليس فيها إلا المال فيجوز فيها شاهد وامرأتان قاله مالك، وابن القاسم، ومنع ذلك عبد الملك وسحنون ومنع ابن القاسم في ذلك الشاهد واليمين واحتج عليه سحنون بذلك قائلاً: كل موضع لا يقبل فيه شاهد ويمين لا تقبل النساء.

(ومائة امرأة كامرأتين وذلك كرجل واحد يقضى بذلك مع رجل واحد أو مع اليمين فيما يجوز فيه شاهد ويمين) [1]:

---

(١) شهادة النساء في جراح العمد والحدود والطلاق والنكاح والأنساب والولاء والمواريث.
قلت: أرأيت شهادة رجل وامرأتين أتجوز على شهادة رجل في القصاص؟ قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القصاص في القتل ولا في الطلاق ولا في النكاح ولا تجوز شهادتهن على شهادة غيرهن عندي في شيء من هذه الوجوه قلت: أرأيت شهادة امرأتين مع رجل على العفو عن الدم أتجوز أم لا؟ قال: لا تجوز شهادتهن على العفو من الدم قلت: لم؟ قال: لأن شهادتهن لا تجوز في دم العمد فكذلك لا تجوز في العفو عن الدم قلت: أرأيت
=

مثل هذا في المدونة قال فيها: وإن شهدن لرجل أن فلانا أوصى له بكذا جازت شهادتهن مع يمينه وامرأتان في ذلك ومائة امرأة سواء يحلف معهن ويستحق، وقال فيها: إذا كانت بينة أحد المتداعيين رجلين أو رجلاً وامرأتين فيما تجوز شهادة النساء فيه وبينة الآخر مائة رجل واستووا في العدالة فإنهم يسقطون وبقي الشيء في يد حائزه ويحلف فظاهر المدونة والرسالة أن الأمر كذلك حقيقة.

وقال اللخمي في الأول: هذا مبالغة ولا تستوي امرأتان مع مائة امرأة لأنه يفيد العلم.

وقال في الثانية: محمل قول ابن القاسم على الغايات ولو كثروا حتى يقع العلم بصدقهن لقضى بهن ؛ لأن القضاء باثنين لغلبة الظن وتبعه المازري على هذا وقال

= شهادة النساء هل تجوز في المواريث والأنساب في قول مالك؟ قال: قال مالك: شهادة النساء جائزة في المواريث وفي الأموال ولا تجوز في الأنساب في قول مالك قال سحنون: وإنما جازت في اختلافهم في المال في الميراث لأنه مال والنسب معروف بغير شهادتهن قلت: أرأيت شهادة النساء هل تجوز على الولاء في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا تجوز شهادتهن على الولاء ولا على النسب قلت: أرأيت إن شهدت على السماع في الولاء أتجوز شهادتهن في قول مالك؟ قال: ما سمعت من مالك فيه شيئًا ولا أرى أن تجوز على السماع ولا على غير السماع في الولاء ولا في النسب لأنه لا تجوز شهادتهن في الدعوى ولا في النسب على حال من الحالات سحنون عن ابن وهب عن إسماعيل بن عياش عن الحجاج بن أرطأة عن ابن شهاب أنه قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أنه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق والحدود سحنون قال ابن وهب، وذكره أيضًا الليث عن عقيل عن ابن شهاب أنه قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أنه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق والحدود إلا أن عقيلا لم يذكر الخليفتين ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب عن ابن المسيب أنه قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في الطلاق ولا في القتل قال ابن شهاب: مضت السنة بذلك بأن لا تجوز شهادة امرأتين مع الرجل في القتل والنكاح والطلاق والحدود ابن وهب عن عبد الجبار عن ربيعة أنه قال: لا تجوز شهادة النساء في القتل والحدود والطلاق والنكاح والعتاقة قال ابن شهاب من حديث مالك ولا في العتاقة ابن وهب عن سفيان عن مكحول قال: لا تجوز شهادتهن إلا في الدين وقال مالك: لا تجوز إلا حيث ذكرها الله في الدين أو ما لا يطلع عليه أحد إلا هن للضرورة إلى ذلك ابن مهدي عن شعبة عن الحكم عن إبراهيم قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود والطلاق من أشد الحدود ابن مهدي عن سفيان الثوري عن أبي حصين عن إبراهيم قال لا تجوز شهادة النساء في الفرقة والنكاح وقال الحسن: لا تجوز في الحدود والطلاق من الحدود. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/ ٢٥).

بعض المغاربة انظر هل يسلم هذا للخمي أم لا.

قلت: وأفتى به بعض من لقيناه من القرويين غير ما مرة قال: وهو المذهب عندي ولا يفتقر إلى تزكية، ولا إلى تجريح مهما كثروا، وأول ما أفتي به بالقيروان في أمير شهد عليه أناس شتى بما يوجب عزله ولم يزكهم أحد من العدول وحكم القاضي بما أفتى له به. فعزله وأدبه.

ولم يرتضه شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني رحمه الله قال: وهو عندي خلاف المذهب؛ لأنه إذا قبل القاضي شهادتهم بمجرد كثرتهم فهو يحكم بعلمه، وقد علمت أنه لا يجوز هكذا سمعت منه غير ما مرة وقد كان أخبرني شيخنا الأول بأنه ناظره فيها ومرض اعتلاله هذا بأن الذي لا يحكم القاضي فيه بعلمه إنما هو إذا لم يكن مستندا لشهادة أحد، وفي هذا قد استند حكمه لشهادة من شهد فلا ريبة فقلت ذلك لشيخنا أبي مهدي في درسه فلم يقبله قائلاً: لما لم يزك من شهد فهو كالعدم.

قلت: في فهم الشيخين نظر ؛ لأن المسألتين المركب عليهما كلام اللخمي إنما هو إذا ثبتت عدالة من شهد ألا ترى إلى قول المدونة، واستووا في العدالة وإلى قول اللخمي لأن القضاء باثنين لغلبة الظن فمهما لم يزك من شهد ولو كثر عددهم جدًّا فلم يدخل في كلام اللخمي وإذا لم يدخل فلا شك أنها كالعدم ولا يختلف في ذلك والله أعلم.

(وشهادة امرأتين فقط فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والاستهلال وشبهه جائزة):

ظاهر كلامه أن شهادتهن في الولادة مقبولة، وإن لم يحضر الجسد، وهو كذلك عند ابن القاسم خلافًا لسحنون.

وقال اللخمي: إن كانت المناكرة بقرب الولادة لا تجوز ؛ لأنه يقدر على إظهاره وإن كان مقبورا وإن كان بعد طول لقدوم من ناكرها أو كانت الأم مقرة ثم أنكرت أن تجوز.

وأما شهادتهن في الاستهلال فتجوز باتفاق.

واختلف هل تجوز شهادتهن على أنه ذكر أو أنثى على ثلاثة أقوال: فأجازها ابن القاسم، لكن مع يمين القائم بشهادتهن وردها أشهب، وقال أصبغ: إن فات بالدفن والطول حتى تغير نظرت فإن كل فضل المال يرجع إلى بيت المال أو إلى العشير البعيد جازت كما قال ابن القاسم وإن كان يرجع إلى بعض الورثة دون بعض أخذت بقول

أشهب، ولو ادعى الزوج على زوجته عيب فرجها فقال ابن القاسم: لا ينظر إليها النساء وهي مصدقة وأنكره سحنون فإن كان العيب بغير الفرج مما هو عورة فقيل: تقبل فيه شهادة النساء.

وقيل: يبقر الثوب حتى ينكشف موضع العيب فيطلع عليه الرجال ولا تقبل شهادتهن حينئذ وعزا اللخمي القولين لأصبغ لغيره وعزاهما المازري للموازية ولغيرها.

قال بعض شيوخنا: والأول هو ظاهر الأيمان بالطلاق من المدونة ولو كان العيب بفرج الأمة فاختلف فيه البائع والمشتري فإنه تقبل فيه شهادتهن باتفاق، وإذا كان القاضي هو الباعث فاختلف هل يكتفى بامرأة واحدة ؟ في ذلك قولان بناء على أنه من باب الخبر أم لا، واختار اللخمي أنه لا بد من امرأتين قائلاً: لأن العدالة ضعفت وأراد الشيخ بقوله وشبهه كالرضاع وعيوب النساء.

(ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين):

يريد إذا كانت الخصومة في الدنيا وحطامها، وأما في الدين كما إذا شهد على أهل البدع فلا قاله سحنون، وكذلك لا تجوز شهادة المتهاجرين.

وقال ابن كنانة: إن كانت المتهاجرة خفيفة وقعت على أمر خفيف جازت الشهادة.

قال اللخمي: وهذا يحسن في المبرز في الصلاح، والخير قال: واختلف إذا اصطلحا بعد الخصومة فقال محمد: جائز، وقال مطرف وابن الماجشون: إن طال الأمد، وإن كان بحدثان ذلك فلا.

قلت: والصواب أنه خلاف في حال واختلف في أربعة أتوا متعلقين برجل شهدوا عليه بالزنا فمنعه ابن القاسم لأنهم خصماؤه، وفي كتاب ابن حبيب جوازها، واستحسنه اللخمي؛ لأن الأصل منازعتهم في سبب الدين والظنين.

قال ابن رشد: قيل: هو المتهم في دينه، وقيل: هو المتهم في شهادته، واستمر العمل عندنا بإفريقية على قبول شهادة الطلبة بعضهم على بعض.

قال ابن عات: قال الشعباني: تقبل شهادة القراء في كل شيء إلا شهادة بعضهم على بعض لأنهم يتحاسدون كالضرائر والحسود ظالم لا تقبل شهادته على من يحسده.

وقال المتيطي في المبسوطة لابن وهب: لا تجوز شهادة القارئ على القارئ يعني: العلماء لأنهم أشد الناس تحاسدا، وقاله سفيان الثوري ومالك بن دينار، ويقوم من كلام الشيخ أن العدو لا يوكل على العدو وهو كذلك نص عليه أبو إسحاق بن

شعبان قائلاً: لما نهي عنه من الضرر والضرار، وهو أيضًا ظاهر ما في مديان المدونة قال فيها: ومن أدى عن رجل دينًا بغير أمره أو دفع عنه مهر زوجته جاز ذلك إن فعله رفقًا بالمطلوب، وأما إن أراد الضرر بطلبه وإعناته وأراد حبسه لعدمه أو لعداوة بينه وبينه منع من ذلك كله ويقوم من كلامه أيضًا أن القاضي لا يحكم على عدوه، وهو كذلك قاله أبو محمد في نوادره عن ابن المواز.

فإن قلت: لا نسلم أن هذا يقوم من كلام الشيخ؛ لأن حكم القاضي ظاهر فإذا حكم عليه سأل غيره من أهل العلم عن حكمه بخلاف الشهادة فإنها خفية؛ لأنه يشهد عن علمه، وبهذا الذي ذكرنا استدل الماوردي في الأحكام السلطانية في أنه لا يحكم على عدوه ولا يشهد نقله ابن الحاج في نوازله عنه.

قلت: ومن أحكام القاضي ما هو باطن أيضًا كالتعديل والتجريح بلا فرق والله أعلم.

ولهذا قال ابن الحاج: هو خلاف مذهب مالك وخلاف ما في نوازل سحنون من أقضية العتبية.

(ولا يقبل إلا العدول):

قال ابن الحاجب: العدالة المحافظة الدينية على اجتناب الكذب والكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة ليس معها بدعة فإنها فسق.

وما ذكر الشيخ فهو مذهبنا وقال الشافعي: الناس محمولون على العدالة حتى يثبت نقيضها وظاهر كلام الشيخ ولو كان العدل مولى عليه لسوء نظره في المال لا يجرحه، وهو كذلك رواه أشهب.

وقيل: لا تقبل شهادته، قال ابن المواز وأشهب وأخذ من كتاب الشهادات من المدونة.

(ولا تجوز شهادة المحدود ولا شهادة عبد ولا صبي ولا كافر):

ما ذكر الشيخ من أن شهادة المحدود لا تجوز هو كذلك باتفاق معناه إذا لم يتب كما يقوله الآن وما ذكر أن شهادة العبيد غير معمول بها هو كذلك باتفاق أهل المذهب وخارج المذهب قول بجوازها لغير السيد محتجا بقوله تعالى: ﴿ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وبقوله تعالى: ﴿ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٍ مِّنكُمۡ ﴾ [الطلاق: ٢]، والعبد قد يكون عدلا مرضيا ورد بأن الآيتين مخصوصتان بقوله تعالى: ﴿ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والعبد لا يتصرف إلا بإذن سيده.

قال ابن شعبان في زاهيه: قيل: ولو عتق العبد وشهد حينئذ فإنه ينظر في حاله

بخلاف الكافر إذا شهد حين أسلم لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الإسلام يجب ما قبله**»(١) وكذلك الصبي قرب احتلامه.

وما ذكر أن شهادة الصبي لا تجوز هو كذلك باتفاق؛ لأنه غير مكلف، واختلف في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح للضرورة وإذا لم تجز شهادة الصبي فأحرى من لا عقل له والكافر لا تجوز شهادته باتفاق وخارج المذهب قول بجوازها في الوصية.

وأما شهادة المسلم على الكافر فإنه معمول بها نص على ذلك في المدونة وأقام منها بعض من لقيناه من القرويين أن شهادة الرعية على الوالي معمول بها؛ لأن العداوة العامة لا أثر لها قال: ونص على ذلك ابن جرير رحمه الله، وأول ما سمعت هذه الإقامة من شيخنا هذا حفظه الله تعالى لما نزلت بقاضي القيروان في واليها تعرض إلى الجانب العالي أسأل الله السلامة من ذلك فشهد عليه جماعة من أهلها وزكوا وعذر بذلك فسأله عنها فأفتاه بذلك وسلم له ذلك أهل العلم ببلدنا وغيرها وترد الإقامة، وإن كنت أقول بموجبها؛ لأن العداوة التي بين المسلم والكافر إنما هي دينية، وقد علمت أنه لا أثر لها بخلاف العداوة التي بين الرعية والوالي إنما هي دنيوية والعداوة الدنيوية معتبرة والله أعلم.

(وإذا تاب المحدود في الزنا قبلت شهادته إلا في الزنا):

اعلم أنه إذا ثبتت التوبة لا يشترط مضي زمان بل التوبة كافية، وقيل: لا بد من مضي ستة أشهر، وقيل: لا بد من سنة، وما ذكر الشيخ رحمه الله من أن شهادة المحدود في الزنا وكذلك شهادة من حد في شيء لا تجوز شهادته فيه هو كذلك على المشهور، وبه قال سحنون.

وقال ابن كنانة وأصبغ وروي عن مالك أنها تقبل واختاره الأبهري. قال المازري: وهو مذهب الكتاب وعزاه ابن يونس لبعض شيوخه ولم يرتضه قائلاً: ليس في الكتاب دليل عليه والقياس هو قول سحنون والجماعة والفرق على مذهب ابن كنانة بين ولد الزنا ومن حد في شيء أن ولد الزنا لا يندفع عاره بالتوبة وغيره يندفع كاندفاع الكفر بالإسلام وضعف ابن يونس هذا الفرق وزعم أنها في الجميع باقية؛ لأنها إذا بقيت في ولد الزنا وليس الزنا من فعله كانت في الزاني أبقى؛ لأنه من فعله.

---

(١) رواه الإمام أحمد في المسند (٤/١٩٨).

واختلف متى ترد شهادة القاذف فقال عبد الملك إذا عجز عن إثبات ما ادعاه وحق عليه القذف، وقال ابن القاسم وأشهب وسحنون بل حتى يحد وكلاهما حكاه ابن يونس. واختلف هل يجوز أن يولى ولد الزنا القضاء أم لا؟ على قولين لسحنون والباجي وعلى الأول فهل يمنع أن يحكم في الزنى أم لا؟ على قولين لسحنون وأصبغ.

(ولا تجوز شهادة الابن للأبوين ولا هما له):

ما ذكر الشيخ أن شهادة الابن للأبوين وهما له لا تجوز هو معروف المذهب وحكى بعض الشافعية عن مالك أن شهادته لأبيه مقبولة.

قال المازري: وهي حكاية منكرة وربما كانت وهما، وأما شهادة الأب لابنه فلا خلاف أنها لا تقبل وليس المراد بالأبوين دنية، وإنما المراد عموما، وكذلك الأبناء وإن سفلوا.

وظاهر كلام الشيخ: أن شهادة الابن لأحد أبويه لا تجوز وهو كذلك عند سحنون. وقال ابن نافع: ذلك جائز ما لم تكن تهمة كموالاة الأب للابن بالصلة وقيل: إن كان مبرزا ويكون ما شهد فيه يسيرا فإنها جائزة قاله مالك في المجموعة والموازية، وفي شهادة الأب لأحد ولديه على الآخر إذا استوت حالتهما قولان لابن محرز وسحنون.

(ولا الزوج للزوجة ولا هي له):

ما ذكر هو قول مالك وأبي حنيفة وقال الشافعي بل هي مقبولة، وقال ابن أبي ليلى، والنخعي: تقبل شهادة الزوج لها دون العكس.

وظاهر كلام الشيخ إذا طلق الرجل زوجته طلاقًا بائنًا أن شهادته لها مقبولة، وهو كذلك قاله سحنون في العتبية قائلاً: وإن كان له منها ولد، وقال عنه ابن عبدون: إنما تجوز إذا كان مليا ليس لولده حاجة إلى أمهم فإن كان عديما والولد في نفقة أمهم لم تجز.

قلت: وينبغي أن يكون هذا مفسرًا لما قبله.

واختلف هل يشهد الرجل لربيبه أم لا؟ على قولين لابن القاسم وسحنون.

(وتجوز شهادة الأخ العدل لأخيه):

ظاهر كلام الشيخ سواء كان مبرزا أم لا، ومثل هذا الإطلاق وقع في شهادة المدونة، ووقع في أول الشهادات منها اشتراط التبريز فقيل: اختلاف، وقيل: لا.

واختلف المذهب في شهادته له في المال على سبعة أقوال، هذان القولان،

والثالث: تقبل في اليسير دون الكثير قاله ابن كنانة.

والرابع: لأشهب إن كان مبرزا قبلت مطلقًا وإلا قبلت في اليسير.

الخامس: أنها مردودة مطلقًا.

والسادس: تجوز في غير الربع المتهم بجره إليه أو إلى ابنه كحبس مرجعه إلى ابنه.

والسابع: تجوز إن لم تنله صلته، وكلاهما حكاه الباجي، وكل هذا الخلاف إذا لم يكن الشاهد في نفقة أخيه المشهود له أو يتكرر عليه معروفه.

وأجاز ابن القاسم أن يعدل الأخ أخاه ومنعه أشهب في التعديل وصوب وكذلك الخلاف في تجريح من جرحه.

قال اللخمي: ويختلف في شهادته له في جراح الخطأ لأنها مال.

واختلف في شهادته له جراح العمد فالمعروف المنع؛ لأنه مما تدرك فيه الحمية والتعصب، وأجازها أشهب في العتبية والأول أحسن.

قلت: ولا يقال: إن أشهب ناقض أصله في التعديل؛ لأن التعديل أدخل في النفوس فيكتسب به شرفا زمانا طويلا ودائما فالتهمة فيه أشد وألزم والله أعلم.

قال ابن رشد: والمسائل التي يشترط فيها التبريز ست ما تقدم وشهادة الصديق الملاطف لصديقه وشهادة الشريك لشريكه في غير مال المفاوضة وشهادة المولى لمن أعتقه وشهادة الأجير لمن استأجره إذا لم يكن في عياله، وإذا زاد ونقص في شهادته.

(ولا تجوز شهادة مجرب في كذب أو مظهر لكبيرة ولا جار إلى نفسه ولا دافع عنها)[1]:

---

(١) قال الشيخ زروق: أما المجرب في الكذب بتكراره منه فلا تصح شهادته لأنه غير موثوق بقوله وأما المظهر للكبيرة فهو فاسق والفاسق لا تقبل شهادته إلا أن يتوب وتظهر توبته وظاهر كلامه أن الفلتة في الكذب لا تضر ما لم يتضمن عظيم مفسدة كما تقدم في كلام ابن عرفة وأن عدم إظهار الكبيرة هو الشرط.

ومثال الجار لنفسه أن يشهد لمن في عياله بوصية أو بوصية له فيها نصيب وقد حصل فيها ابن رشد: إذا كان نصيب الشاهد منها يسيرا أربعة: صحتها له ولغيره وعزاه لابن القاسم في المدونة ورواية مطرف وبطلانها لهما وهي رواية ابن وهب وجوازها لغيره لا له وقاله عبد الملك، ورابعها ليحيى بن سعيد في المدونة فانظره.

ومثال الدافع عنها شهادة المديان المعسر لرب الدين منعها ابن القاسم وأشهب وعبد الملك ومطرف قائلاً لأنه كالأسير في يده ومن الجر شهادة الوصي ليتيمه وقد يكون للدفع وحكى =

ظاهر كلامه أن الكذبة الواحدة لا أثر لها وهو كذلك ومثله أقام غير واحد من المتأخرين من قول المدونة ومما يجرح فيها الشاهدان تشهد عليه بينة أنه شارب خمر أو آكل ربا أو صاحب قيان أو كذاب في غير شيء واحد فأفتى بصيغة فعال للمبالغة ليدل على التكرار، وأشار بقوله أيضًا في غير شيء إلى الكذب الجائز لا يقدح كالكذب للصلح بين المتهاجرين، واشتراط الشيخ الإظهار في الكبيرة لا مفهوم له بل إذا شهد عليه أنه فعل حرامًا كبيرة مستترا فإنه يقدح كما هو ظاهر المدونة كما تقدم في لفظها.

ظاهر كلام الشيخ أن مظهر الصغيرة لا يقدح في شهادته وليس كذلك وقد تقدم لابن الحاجب أنه اشترط في العدالة توقي الصغائر وظاهر كلام ابن القاسم في العتبية أن من ترك الجمعة مرة واحدة إنها جرحة في شهادته وبه قال أصبغ، وقيل: إن تكرر تركه ثلاث مرات، قاله ابن الماجشون وغيره.

وأما من اقتصر على الزكاة فشهادته جائزة ونقل الباجي عن أصحابنا أنها ترد وسبب الخلاف هل ينتفي عنه اسم البخل أم لا؟ وقد أكثر الشيوخ الكلام فيما يجرح به الشاهد لأنه مضطر إليه فمن شاء فلينظره في المطولات.

قال الفاكهاني: وقول الشيخ ولا جار إلى نفسه فهو أن يشهد لشريكه في شيء من مال الشركة.

(ولا وصي ليتيمه وتجوز شهادته عليه):

مثاله من أعتق عبدًا فلا تجوز شهادته لسيده أنه أدى دينه؛ لأنه يباع فيما على سيده من دين قال: وقوله: ولا وصي ليتيمه راجع في المعنى إلى قوله: ولا جار، وإنما كرره ليقول وتجوز شهادته عليه وذكر عبد الوهاب رواية أن شهادة الوصي على من يلي عليه لا تجوز لأنه يتهم في أن يريد أن يخرج عن أيديهم مالا قد تعين عليه حفظه ويسقط عن نفسه ما لزمه بقوله.

(ولا يجوز تجريح النساء ولا تعديلهن):

زاد في المدونة: لا للرجال ولا النساء وهو واضح لما تقدم من أن شهادتهن إنما هي جائزة في المال فإن قلت: لم لم يجز ذلك وهل هي شهادة على غير المال تؤول إلى المال؟ وقد علمت أن ابن القاسم أجاز شهادتهن في ذلك.

=

الجلاب فيها للوصي على يتيمه روايتان وفي الإرشاد وغيره كل من لا تجوز شهادته عليه تجوز شهادته له وهو أصل لا يطرد فتأمله.

قلت: قال بعض شيوخنا لما كان لا يقتصر تجريحهن على الشهادة التي شهدن فيها من جرحته بل يتعدى إلى غيرها أشبهت الحكم في البدن والله أعلم.

(ولا يقبل في التزكية إلا من يقول عدل رضي):

أي هو عدل في نفسه رضي في أفعاله. قاله الفاكهاني، ويريد الشيخ، وكونه من أهل اليقظة والتحرز نص على ذلك ابن عبد الحكم قائلاً: قد يكون الرجل الخير الفاضل ضعيفا لا يؤمن عليه لغفلته، وقد يلبس عليه وتابعه على ذلك شيوخ المذهب كابن رشد والباجي ويكفي في تعديل الغير أن يقول هو عدل رضي ولا بد منها قاله ابن الجلاب كما هو ظاهر كلام الشيخ ووجهه أن الله تعالى قال: ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] وقال عز من قائل: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وزاد سحنون على الوصفين جائز الشهادة.

وقال بعض الأندلسيين: إن المعلوم من المذهب أنه إن اقتصر على أحد اللفظين من العدالة والرضى أجزأه، وروى ابن كنانة: يقبل إذا قال أعلمه وأعرفه عدلا رضيًا جائز الشهادة ولا يقبل إذا قال لا أعلمه إلا عدلا رضيًا.

وقال ابن عبد الحكم وغيره: يكفي أن يقول أراه عدلا رضيًا، وليس عليه أن يقول هو عدل رضي عند الله ولا يقول أرضاه لي وعلي.

واعلم أنه لا يجب ذكر سبب التعديل بلا خلاف في المذهب، وذكر أرباب الأصول فيه خلافًا، واختلف في سبب التجريح على أربعة أقوال: فقيل: يجب وقيل: لا وقيل: إن كان عالما بوجهه لم يجب قاله مطرف، وقيل: إن كان مبرزا لم يجب قاله أشهب.

قال ابن عبد السلام: والأقرب أنه لا بد من ذكره لاختلاف العلماء في كثير من أسبابه مع غموض بعضه وقد جرح أقوال من المحدثين ونسبوهم إلى أشياء هم منها براء، واستفسر بعضهم من جرحهم فذكر ما لا يصلح أن يكون جرحة، فقال بعضهم: رأيت فلانا يبيع ولا يرجح الميزان، وقال بعضهم: رأيته يغتاب بحضرته، ولا ينكر وجرح شاهد شاهدًا فقال لما سئل عن الجرحة رأيته يبول وهو قائم فقيل له: وإذا بال قائمًا ماذا يكون ؟ قال: يتطاير عليه بوله فقيل له: هل رأيته صلى به بعد ذلك فقال لا فظهر غلطه.

(ولا يقبل في ذلك ولا في التجريح واحد):

إنما لا يقبل في ذلك واحد؛ لأن التعديل والتجريح أمر ظاهر لا يخفى فشهادة

واحدة في ذلك ريبة وكذلك العدم لا يثبت بالشاهد واليمين وعلته ما ذكرناه، وكذلك النكاح والطلاق والعتاق والولاء والنسب والإحباس، والوصايا لغير المعينين وهلال رمضان وهلال ذي الحجة وغيرهما، والموت والقذف والإيصاء، ونقل الشهادة لا يكون إلا بشاهدين.

قال الفاكهاني رحمه الله: وهذه المسألة سقطت في بعض النسخ وهي في روايتنا ثابتة، وهي على التقدير زيادتها صحيحة لا أعلم في ذلك خلافًا.

(وتقبل شهادة الصبيان في الجراح قبل أن يفترقوا أو يدخل بينهم كبير) [(١)]:

ما ذكر الشيخ من أن الشهادة مقبولة فيما ذكر زعم ابن حارث الاتفاق عليه ،

---

(١) شهادة الصبيان بعضهم على بعض. قال: وسئل مالك عن غلامين لم يبلغا الحلم اقتتلا فقتل أحدهما صاحبه فقال الميت: فلان قتلني وشهد على لسانه واعترف القاتل الحي أنه فعل ذلك به أترى أن يؤخذ بقول الميت ويقسم عليه أو باعتراف القاتل الحي لصاحبه؟ فقال مالك: لا ينفعك هذا إلا بالشهود ولا ينفعك قول الميت ولا إقرار الحي فقال له صاحبه لا يكون في هذا قسامة فقال: لا أرى ذلك قلت: أرأيت قول مالك: تجوز شهادة الصبيان بعضهم على البعض ما لم يتفرقوا أو يدخل بينهم كبير أو يخببوا في أي شيء كان ذلك؟ قال: في الجراحات والقتل إذا شهد فيه اثنان فصاعدا قبل أن يتفرقا وكان ذلك صبيان كلهم ولا تجوز فيه شهادة واحد ولا تجوز شهادة الإناث أيضًا من الصبيان في الجراحات فيما بينهم ولا تجوز شهادة الصبيان على الكبير إن كانوا شهدوا له على صبي أو على كبير وليس في الصبيان قسامة فيما بينهم بعضهم لبعض إلا أن يقتل رجل كبير صبيا فشهد رجل على قتله فتكون القسامة على ما يشهد به الشاهد من عمد أو خطأ سحنون وقد قال غير واحد من كبار أصحاب مالك منهم أشهب: أنه لا تجوز شهادتهم في القتل ولا تجوز شهادة الإناث سحنون وقد قال كبير من أصحاب مالك وهو المخزومي: إن الإناث يجزن وإن شهادة الصبيان في القتل جائزة قال سحنون: وقال ابن نافع وغيره في الصبي يشهد عليه صبيان أنه ضرب صبيا أوجه فيموت من ذلك الضرب أو يتراخى ذلك الجرح فيموت فإن أولياء الدم يقسمون لمن ضربه مات ويستحقون في الدية قال سحنون: وقال ابن نافع: وهذا الصواب والذي يعتمد عليه وذكر ابن وهب أن علي بن أبي طالب وشريحا وعبد الله بن عمر وعروة بن الزبير وابن قسيط وأبا بكر بن حزم وربيعة أنهم كانوا يجيزون شهادة الصبيان فيما بينهم ما لم يتفرقوا أو ينقلبوا إلى أهلهم أو يختلفوا أو يؤخذ بأول قولهم وقال بعضهم: ولا تجوز على غيرهم ابن مهدي عن المغيرة عن إبراهيم النخعي قال: كانوا يستجيزون شهادة الصبيان فيما بينهم وكان إبراهيم لا يجيزها على الرجال وقاله الحسن البصري من حديث ابن وهب عن ابن المبارك عن الحسن وقال الشعبي من حديث ابن مهدي عن إسرائيل عن عيسى بن أبي عزة وقال أبو الزناد: إنها السنة وقاله عمر بن عبد العزيز من حديث ابن وهب. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٤/ ٢٦).

وليس كذلك بل هو مشهور المذهب، وقيل: إنها باطلة كشهادتهم في المال قاله ابن عبد الحكم ومحمد بن صدقة ومطرف كذا عزاه ابن زرقون ولم يعزه ابن رشد إلا لمطرف كما أن اللخمي والمازري لم يعزواه إلا لابن عبد الحكم.

وظاهر كلام الشيخ أن شهادتهم في القتل لا تجوز وهو قول أشهب، وقال مالك: إنها مقبولة وهو المشهور والقولان في المدونة.

ولما ذكر الفاكهاني القولين قال بعد وظاهر الرسالة موافق لقول أشهب، وقد علمت المشهور ما هو فكأنه أشار إلى التعقب عليه لكون كلامه إنما جاء على الشاذ، والمستقرأ من كلام الشيخ أنه لا يتعقب عليه بمثل هذا لأن طريقة أصحاب مالك طريقة مالك حسبما قدمنا ذلك عند قول الشيخ على مذهب مالك بن أنس رحمه الله وطريقته والمشهور اشتراط الحرية قال ابن زرقون وحكى القاضي عبد الوهاب في شرح الرسالة عن بعض متأخري أصحابنا أن شهادة العبيد منهم جائزة.

قلت: ولم يحفظه ابن رشد بل قال: لا أعلم في ذلك خلافًا، ولا بد أن يكون ممن يحكم لهم بالإسلام وممن يعقل الشهادة واعتبر ابن القاسم كونهم اثنين فصاعدا، وفي كتاب ابن مزين عن ابن نافع يقسم بشهادة الصبي الواحد وألزمه ابن هارون أن يحلف مع شهادته في الجراح، وتكون فيه الدية ومنع أشهب ومالك في المدونة شهادة إناثهم.

وقال ابن عبد السلام: في قول ابن الحاجب الإناث مطلقًا، وفي المجموعة عن مالك تجوز شهادة غلام وجاريتين خاصة، وفي المدونة على المخزومي تجوز شهادة إناثهم.

وقال ابن عبد السلام: في قول ابن الحاجب، وفي اشتراط الذكورية قولان اضطرب المذهب في ذلك،وكذلك اختلف قوله المدونة في ذلك فظاهره أن قول مالك وابن القاسم اختلف فيها وليس كذلك.

ويقوم من كلام الشيخ أن شهادة النساء في الولائم، والأعراس مقبولة، وهو أحد قولي ابن الجلاب فذكر أولا عدم الجواز واعترض أصحابنا قبولهم قال: واعتبرها بشهادة الصبيان وذكرهما المازري روايتين.

فإن قلت: ما ذكرته يرد بقول سحنون لما قال له ولده يلزمك في غصب بعضهم من بعض في المال هذا موضع اتباع الماضيين ولا وجه للقياس فيما هو سنة أو كالسنة وقد فرقت الأئمة بين الدماء والأموال فقبلوا في الدماء ما لم يقبلوا في الأموال.

قلت: ما ذكره سحنون من أنه سنة أو كالسنة ممنوع بخلاف كثير من أهل العلم ممن ذكرنا من أهل المذهب وبه قال القاسم وسالم بن عبد الله من أهل المدينة، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وغيرهما وبقول القاسم وسالم بن عبد الله ضعف ابن عبد السلام قول ابن الحاجب، وعلى العمل بشهادتهم إجماع أهل المدينة ثم إن كلام سحنون إنما فرق الدماء والأموال ومسألتنا من الأول.

(وإذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم يأخذ المبتاع أو يحلف ويبرأ):

يعني إذا باع رجل سلعة لرجل فيقول البائع بعتها بدينار مثلاً ويقول المشتري بل بنصف دينار فإنه يحلف البائع أولا لقد بعتها بدينار ثم يقال للمشتري: اختر إما أن تدفع ما حلف عليه، وإلا فاحلف ويتفاسخا.

وظاهر كلامه ولو قبض المشتري السلعة وفاتت وإلى هذا ذهب أشهب في روايته قال: والقيمة تتنزل في الفوات منزلتها.

قال ابن بشير: وبه كان يفتي من أدركناه من محققي الأشياخ يريد كالمازري، وقيل: القول قول المشتري بنفس العقد عزاه بعض الشيوخ لكتاب ابن حبيب قال ابن بشير: ولم يوجد فيه وقيل: لا يكون القول قوله إلا إذا قبض السلعة وقيل: إذا بان بها وكلاهما رواه ابن وهب، وقيل: إذا قبضها المشتري وقبض البائع الثمن فالقول قول المشتري وإلا فلا حكاه الباجي وقيل يتحالفان ما لم تفت في يد المشتري بتغير سوق فأعلى فالقول قوله، رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة قائلاً: وثبت عليه، فالحاصل ستة أقوال.

وما ذكر الشيخ من أن المبدئ باليمين إنما هو البائع هو المشهور، وهو نص المدونة في كتاب الأكرية وقيل: بل يبدأ المبتاع قاله في العتبية وأخذه المازري من قول المدونة في تضمين الصناع إذا تجاهل الورثة الثمن يبدأ بوراث المبتاع أنهم لا يعلمون بما ابتاعها به أبوهم ثم ترد فإن فاتت لزمت ورثة المبتاع بقيمتها.

ولم يذكر ابن عبد السلام هذا الأخذ بل سأل نفسه هل يؤخذ منها أم لا ؟ فقال: لا لأن الجهل عندهم يتنزل منزلة الفوات، وسلمه خليل رحمه الله ورده بعض شيوخنا بأنه لو كان كما قال للزم عدم ردها كفواتها، وقيل: يقرع بينهما قاله اللخمي، وقيل: يخير الحاكم قاله بعض شيوخنا المازري، ويحتمل أن يريد الشيخ بقوله إذا اختلف المتبايعان اختلافهما في جنس الثمن وقطع شيخنا أبو مهدي بأن هذا مراد الشيخ لكونه لم يقيد التخالف بعد الفوات فحمله على الأول يؤدي إلى حمله على غير

المشهور وحمله على الثاني جار على المذهب، وإن وقع الفوات فإذا دار الأمر بين حمله على الأول والثاني فحمله على الثاني أولى لما ذكرت.

قلت: وقطع الفاكهاني بحمل كلامه على الأول من غير احتمال عكس ما قاله شيخنا وزعم ابن الحاجب الاتفاق على التحالف في اختلافهما في الجنس كابن حارث وخرج عبد الحميد الصائغ قولاً بأن يكون القول قول البائع من قول المدونة في تضمين الصناع فيمن صبغ ثوبًا أسود فادعى ربه أنه إنما أمره بأحمر أن القول قول الصباغ مع اختلافهما في الجنس؛ لأن الصباغ يدعي أنه باعه نيلا ورب الثوب يدعي أنه اشترى عصفرا.

وفرق المازري بأن صاحب الثوب ما دفع إليه ثوبه فكأنه ائتمنه عليه، وبأن صاحب الثوب يدعي على الصباغ تعديا يوجب عليه تعمير ذمته بقيمة الثوب.

وقال ابن عبد السلام في رد المازري: عندي نظر تركت جلب ذلك استغناء بما ذكره بعض الشيوخ يعني به: ابن زرقون عن ابن القاسم في الكراء إن القول قول الساكن إن أشبه.

قلت: ظاهره أن القول المخرج قول ابن القاسم وليس كذلك بل القول المخرج هو أن القول قول البائع وقول ابن القاسم في الساكن يوجب أن القول قول المشتري فهي ثلاثة أقوال.

(وإذا اختلف المتداعيان في شيء بأيديهما حلفا وقسم بينهما وإن أقاما بينتين قضى بأعدلهما فإن استويا حلفا وكان بينهما):

ما ذكر أنه يقسم بينهما هو كذلك باتفاق وذلك أن كلا منهما له شبهة لحوزه فجعله بينهما عدل وما ذكر من أنه يقضي بأعدل البينتين هو المشهور وروي عن مالك أنه لا يرجح بها.

وقال ابن عبد السلام: وهذه الرواية إما أن تكون مبنية على القول بنفي الترجيح في الأدلة وإما أن تكون لا ترجح بذلك ويكون الترجيح بغير ذلك، وهو الأقرب.

قلت: قال بعض شيوخنا ولا أعرف هذه الرواية لنقل غيره ولم يعزه ابن رشد إلا للمخزومي وبعض أهل العلم وعزاه ابن حبيب لبعض علمائنا والمشهور لا يرجح بكثرة العدد وهو قول المدونة.

وروى ابن حبيب أنه يرجح بذلك وجمع بعض الشيوخ بين المسألتين وذكر فيها ثلاثة أقوال: ثالثها: يرجح بالعدالة دون زيادة كثرة العدد، قال القرافي في توجيه

المشهور والمقصود من علم القضاء إنما هو قطع النزاع والعدالة أقوى من زيادة العدد؛ لأن كل واحد يمكنه زيادة العدد في الشهود ولا يمكنه ذلك في مزيد العدالة.

ورده ابن عبد السلام بأن من رجح بزيادة العدد لم يقل به كيف ما اتفق وإنما اعتبر مع قيد العدالة فليس بسهل حينئذ.

ووجهه المازري بأن الشارع لما قيد شهادة الزنا بأربعة والطلاق باثنين وقيد في المال بالواحد مع اليمين دل على أنه لا تأثير للعدد.

واختلف قول ابن القاسم هل يترجح الشاهدان على الشاهد واليمين والشاهد والمرأتين أم لا ؟

قال ابن عبد السلام: فإن قلت: هب أن رجحان الشاهدين على الشاهد واليمين ظاهر للاختلاف في قبول الشاهد واليمين فما السبب في رجحانهما على الشاهد والمرأتين.

قلت: لما نبه عليه بقوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] من زيادة مزية الرجلين على الرجل والمرأتين.

(وإذا رجع الشاهد بعد الحكم أغرم ما أتلف بشهادته إن اعترف أنه شهد بزور قاله أصحاب مالك):

ظاهر كلامه يقتضي أن جميع أصحاب مالك فرقوا بين أن يعترف أنه شهد بزور أم لا فإن شهد به غرم، وإن قال شبه علي فإنه لا يغرم وتبع في هذا النقل ابن المواز وليس كذلك بل قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ في الواضحة: إنه يغرم مطلقًا، وهو ظاهر كتاب السرقة من المدونة قال فيها: إن رجعا عن عتق أو طلاق أو دين أو قصاص أو حد أو غير ذلك فإنهما يضمنان، وهذا القول كذا عزاه ابن رشد وهو الصواب عندي لقول أصحابنا العمد والخطأ في أموال المسلمين سواء وكذلك قال في أحكام الشعبي من أفتى بغرم ما لا يجب فقضي به غرمه قاله أصبغ بن خليل، ولم يرتض بعض شيوخنا ما قلناه فقال: إن قيل: الخطأ كالعمد في الأموال باتفاق المذهب ولذلك رجح غير واحد القول الثاني فما وجه القول الأول؟

قلت: إنما وقع الاتفاق على أن الخطأ كالعمد في فعل غير المأذون له في الفعل، وأما المأذون له في الفعل فليس كذلك كالراعي بضرب الشاة ضرب مثلها فتهلك فلا يضمن والوكيل على شراء عبد يشتري أبا الموكل خطأ فإنه لا ضمان عليه، والشاهد لما كان مطلوبًا بالشهادة صار كالمأذون له في الفعل منضما إلى أن الأصل عدم التفريط

وعدم الضمان.

وفيما قاله شيخنا نظر؛ لأن هذا الفرق لو صح لاطَّرَدَ وبيان عدم اطراده ما ذكرناه عن أحكام الشعبي بأن المفتي مأذون له بل هو مأمور بذلك ولا سيما إن لم يكن في ذلك الإقليم غيره.

وقد قال رحمه الله: ما تقدم من ضمانه لم يحك غير ذلك في كتاب الغصب من تأليفه، ولو رجع الشاهد بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان مالا نفذ، وإن كان دما ففيه خلاف، وإن كان قبل القضاء فلا ينفذ خلافًا لأبي ثور.

قال في المدونة في كتاب السرقة: لو أدب لكان لذلك أهلا، وقال سحنون: لا يؤدب كالمرتد.

(ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه أو على بيعه أو دفعت إليك ثمنه أو وديعتك أو قراضك فالقول قوله):

ما ذكر من أن الوكيل على البيع إذا قال دفعت إليك ثمنه إن القول قوله هو كذلك وكلامه رحمه الله تعالى أعم من أن تلزمه اليمين أم لا.

واختلف في المسألة على أربعة أقوال حكاها ابن رشد في المقدمات في كتاب الوديعة فقيل: يحلف وهو سماع ابن القاسم في المدونة في الوكالات وقيل: إن كان بمقدار الأيام اليسيرة فالقول قول الموكل أنه ما قبض شيئًا وعلى الوكيل إقامة البينة ويصدق الوكيل إن كان بعد شهر ونحوه مع يمينه وإن طال جدًّا لم يحلف رواه مطرف.

وقيل: إن كان كيسير الأيام حلف وإن طال فلا قاله ابن عبد الحكم وابن الماجشون.

وقيل: الوكيل على معين غارم مطلقًا والمفوض إليه يحلف بالقرب خاصة قاله أصبغ.

قلت: الذي عزا بعض شيوخنا للفظ المدونة إنه مصدق وكذلك اختصرها البراذعي والذي تلقيناه من شيوخنا بأجمعهم أنه إذا قال في الكتاب: مصدق فإنه لا يحلف بخلاف إذا قال قبل قوله فإنه لا بد من اليمين وعزا ابن يونس الأول لابن القاسم وابن الماجشون، وابن عبد الحكم وعزا القول الثاني لقول مطرف لا لروايته ولقول ابن القاسم في العتبية.

ويريد الشيخ في مسألة الوديعة إذا قبضها بغير بينة ولو قبضها ببينة فلا يقبل قوله

قاله في المدونة وقيل: يقبل قوله مطلقًا حكاه ابن شاس عن ابن القاسم قاله ابن عبد السلام وهو قول شاذ على نظر في صحة نسبته إلى المذهب يريد أن ابن رشد إنما خرجه من دعوى المستأجر رد ما استأجره من العروض أنه مصدق ولو قبضه ببينة رواه أصبغ وضعفه بفرق ذكره والمراد بالبينة إذا كانت مقصودة التوثق، وأما إن كانت اتفاقية فلا، قاله غير واحد كعبد الحق، واللخمي وابن يونس.

وقيل: لا يشترط فيها أن تكون مقصودة التوثق حكاه ابن عات عن ابن زرب حسبما قدمناه.

(ومن قال دفعت إلى فلان كما أمرتني فأنكر فلان على الدافع البينة وإلا ضمن):

إنما قال يضمن؛ لأنه دفع إلى غير اليد التي دفعت إليه فوجب أن يضمن وهذا هو مشهور المذهب ونقل ابن رشد في المقدمات عن ابن الماجشون فيمن بعث بضاعة من رجل لرجل أنه لا يلزمه إشهاد في دفعها ويصدق، وإن أنكر القابض كانت دينًا أو صلة.

قال: ويتخرج من قول ابن القاسم في المدونة أن من أمر غيره أن يشتري لؤلؤا من بلد وينقد عنه فزعم أنه ابتاعه ونقد ثمنه ثم تلف حلف على ذلك ورجع عليه بالثمن لأنه أمينه ومن سماع عيسى فيمن اشترى ثوبًا من ثوبين على أن أحدهما قد وجب عليه بخياره فيضيع أحدهما فيدع أنه كان اختار هذا الباقي أنه مصدق والمسائل أربع دافع أمانة لأمانة، وذمة لذمة ودافع ما في أمانة لذمة، وعكسه ولولا الإطالة لذكرنا جميع ذلك فانظر المقدمات.

(وكذلك على ولي الأيتام البينة أنه أنفق عليهم أو دفع إليهم):

ظاهر كلامه وإن قاموا عليه بعد طول من ترشيدهم وهو ظاهر المذهب لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [النساء: ٦] الآية، قال مالك: لئلا تضمنوا، وقال ابن الماجشون: لئلا تحلفوا كذا نقله المغربي عنه نصًّا، وخرجه اللخمي وتبعه خليل، وكأنه من عند نفسه من قوله السابق فيمن بعث بضاعة مع رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها وإن أنكر القابض.

وفي الموازية: إن طال الزمان كعشرين سنة مقيمين معه لا يطلونه فالقول قوله مع يمنه.

قال ابن يونس: لأن العرف قبض أموالهم فإذا رشدوا كالبياعات بغير كتب وثيقة إذا مضى من الزمان ما يظن معه عدم تأخير قبض الثمن إليه فالقول قول المشتري وجعل القاضي أبو بكر بن زرب أن مقدار ثمانية أعوام كاف.

وقيل: إن الطول يرجع فيه إلى العرف قاله ابن رشد فالحاصل خمسة أقوال، وجعل خليل المشهور مقيد بعدم الطول وليس على عمومه.

وقال بعض شيوخنا: المعروف من المذهب عدم قبوله مطلقًا، وهو مذهب المدونة في وصاياها وفي تضمين الصناع نص شيخنا على ما ذكر في آخر مسألة من الوصايا من تأليفه وما نسبه للمدونة إنما هو ظاهرها وليس ذلك بنص فيها.

وما ذكر الشيخ أنه لا يقبل قوله مقدار النفقة إذا لم يكونوا في حضانته هو المشهور مطلقًا.

وقال اللخمي: إن كانت الأم فقيرة وهي حاضنتهم وهي في عافية يصدق الوصي للقرينة.

وفي ترجمة دفع الوصي النفقة إلى الحاضنة في الربع الآخر من الطرر لابن عات ما نصه قال الأبهري: الوصي مصدق فيما دفع من النفقة؛ لأنه لو كلف البينة لشق ذلك عليه إذا كان يحتاج على أن يشهدهم على درهم ودانق وحبة وهذا من الأمر الموضوع عن الناس، ولذا قال مالك: إن اللقطة تدفع لمن جاء بعلامتها، وقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» إنما ذلك إذا ادعى شيئًا في يد غيره.

وقال أحمد بن ناصر: قوله مقبول فيما دفع من النفقة إذا أشبه نفقة الأيتام في حضانته كانوا أو عند حاضنتهم من غير بينة عن الحاضن لهم أو عليهم أنفسهم البينة أنه لم ينفق، وإلا فالقول قوله من غير يمين تلزمه في دعوى الأيتام وللحاضن اليمين عليه بدعواه.

(وإن كانوا في حضانته صدق في النفقة فيما يشبه):

يريد الشيخ بقوله صدق مع يمينه لنص مالك وابن القاسم وأشهب قال عياض: وهو مالا يختلف فيه لأن ما يشبه قد يكون وقد لا يكون واختلف إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ويسقط الزائد فقال أبو عمران: لا يمين عليه، وقال عياض: تلزمه إذ قد يكون أقل منه لاحتمال استغناء اليتيم عن تلك النفقة التي لا شك فيها أيامًا مفترقة أو متوالية لمرض أو صلة من أحد وهو ظاهر قول مالك وابن القاسم في الموازية من قوله: ويحلف ما لم يأت بأمر مستنكر وإذا زاد على مقدار العادة زيادة يسيرة صدق مع يمينه رواه ابن المواز، وقال ابن القاسم حكاه ابن يونس في سماع أشهب وربما قال: وله أن يشتري ما يلهو به.

وفي المجموعة لابن كنانة: وينفق في عرسه بقدر حاله وحال من تزوج وقدر ماله

فإن خشي أن يتهم رفع إلى الإمام.

(والصلح جائز إلا ما جر إلى حرام):

قال عياض: الصلح معاوضة عن دعوى واعترضه بعض شيوخنا بأنه غير جامع؛ لأنه يخرج عنه صلح الإقرار قال: وقول ابن شاس، وابن الحاجب، الصلح معاوضة كالبيع وإبراء وإسقاط تقسم وتفسير له لا تعريف قال والصلح انتقاله عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو لخوف وقوعه وهو مندوب إليه ويعرض له الوجوب حيث تتعين مصلحته وحرمته وكراهته لاستلزامه مفسدة واجبة المدار وأرجحيته ومعنى قول الشيخ: الا ما جر إلى حرام كالصلح على دعوى عشرة دنانير أقر بخمسة منها فقط على دراهم مؤجلة ولا خلاف في تحريم هذه الصورة؛ لأنه حرام في حق كل واحد منهما وأما ما حرم في حق أحدهما فقط كصلحه عن عشرة دنانير أنكرها بدراهم مؤجلة فالمشهور أنه يفسخ.

وقال أصبغ: يمضي وأما ما ظاهره الفساد وهو غير محقق ككونه في جهة معينة كدعوى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فيصطلحان على تأخير كل واحد منهما صاحبه لأجل فإنه مكروه فإن وقع مضى. وقال ابن الماجشون: يفسخ ما لم يطل.

(ويجوز على الإقرار والإنكار):

أما الصلح على الإقرار فبالاتفاق وأما الإنكار فالمشهور كذلك وقيل: إنه لا يجوز حكاه عياض عن ابن الجهم عن بعض أصحابه وأخذه شيخنا من قول سحنون إلا طلب السلابة شيئًا خفيفا لم يجز أن يعطوه قال: والتخريج أحروي؛ لأن العادة في المحارب القتال المعروض للقتل وهو أشد من عداء الخصومة المعروضة للحلف ويرد بأن القافلة قد يتحقق أنها تغلب السلابة لكثرة عدد القافلة أو لشجاعتهم فيحرم عليهم إعطاء مال وإن قل؛ لأن فيه الإعانة على المعصية؛ لأنهم إذا وجدوا من يقدر عليه أخذوه أو قتلوه فيكون عليهم بعض إثم من ذلك لأنهم إذن غير مضطرين إلى الدفع من مالهم وقد ينكره خصمه ولا تكون عنده بينة وهو مضطر إلى الصلح.

وأيضًا فإن اللص معترف بأنه ظالم في أخذ المال والمنكر في الصلح يزعم أن ما يؤخذ منه فهو مظلوم فيه فافترقا والله أعلم.

وعلى المشهور أن الصلح على الإنكار جائز قال بعض شيوخنا: إنما ذلك باعتبار عقده، وأما ما في باطن الأمر فإن كان الصدق هو المنكر فالمأخوذ منه حرام

وإلا فحلال فإن وفى بالحق برئ وإلا فهو غاصب فيما بقي والصلح مع السكوت كالإقرار قاله عياض، ولم يحك فيه خلافًا.

وقال الفاكهاني: هو كالإقرار على المشهور ولم يحك خلافًا في الإنكار كالمازري وابن القصار وغيرهما وما ذكر من الخلاف لا أعرفه لكنه جار على قواعد المذهب في السكوت هل هو كالإقرار أم لا ؟

والمعروف أن الافتداء من اليمين جائز، قال في المدونة في كتاب الأيمان والنذور: من لزمته يمين فافتدى منها بمال جاز ذلك، وقال ابن هشام: إن علم المدعى عليه براءته وطلبت منه اليمين فليحلف ولا يصالح على شيء من ماله وإن صالح أثم من أربعة أوجه: الأول: أنه أذل نفسه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «**أذل الله من أذل نفسه**»[1].

والثاني: أنه أطعمه ما لا يحل.

والثالث: أنه أضاع ماله وقد نهى عليه السلام عن ذلك.

والرابع: جرأه على غيره كما جرأه على نفسه.

وقبله خليل ورده شيخنا أبو مهدي نقلا ومعنى.

أما نقلا فلأن عثمان صالح عن يمينه، وأبا بكر وعمر حلفا فالأمران جائزان.

وأما معنى فلأن ما استدل به لا ينهض؛ لأن في صلحه إحرار نفسه لأن الخصومات مرجوحة ولا سيما كثرتها ولم يضيع ماله بل ادخره عنده وكونه أطعمه مالا حرامًا أو جرأه على الغير ليس باختياره وإنما هو مضطر لذلك وظلم هو نفسه قال الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ﴾ [الشورى: ٤٢].

(والأمة الغارة تتزوج على أنها حرة فلسيدها أخذها وأخذ قيمة الولد يوم الحكم له):

ما ذكر الشيخ من أن للسيد أخذ الأمة فهو كذلك على المشهور.

وروي عن مالك وفي الجلاب رواية أخرى يأخذ قيمتها ولا شيء له في الولد، وما ذكر من أن له أخذ قيمة الولد هو كذلك بلا خلاف.

قال ابن رشد: القياس أن الولد رق لمالك أمه لإجماعهم على أن ولد الأمة من

---

(١) رواه أبو نعيم في الحلية (٣/٢٧٩).

غير سيدها ملك له، وترك هذا القياس لإجماع الصحابة على حرمته خلافًا لأبي ثور وداود في قولهما: إنه رقيق.

قلت: قال بعض شيوخنا: إن ثبت إجماع الصحابة رضوان الله عليهم فقول أبي ثور وداود باطل؛ لأنه خلاف إجماع تقرر، وهذا الذي ذكرنا هو الذي أعرفه في المذهب.

وقول الفاكهاني قيل: يدخلها الأقوال الثلاثة الآتية في الأمة المستحقة لا أعرفه وظاهر كلام الشيخ أن الولد حر ولو كان الزوج عبدًا وهو كذلك في قول حكاه ابن شاس ومذهب المدونة أنه رقيق قائلاً: إذ لا بد من رقه مع أحد أبويه.

وقال التونسي: كان يجب حرية ولده لشرط ذلك وما الفرق بينه وبين الحر والفرق لعجزه عن غرم قيمته يبطل بالحر العديم وتوقع اليسر كتوقع العتق والفرق بأن لربه إبطاله من ذمته غير بين.

قلت: واعترضه بعض شيوخنا بأن الحر العديم إنما يطلب يسره فقط وفي العبد يطلب عتقه ويسره والموقوف على أمر أقر من الموقوف على أمرين وما ذكر من أن القيمة يوم الحكم هو المشهور.

وقال المغيرة: يوم الولادة وبه قال أشهب، وقيل: يوم القيام ذكره ابن بشير تخريجا من المستحقة بملك وكذلك القول بيوم الحكم قال: والمنصوص يوم الولادة واشتد نكير شيخنا أبي مهدي عليه فقال: هذا منه رحمه الله قصور لنص المدونة في النكاح الأول أن قيمته يوم الحكم.

قلت: وقول ابن الحاجب وانفرد المغيرة بيوم الولادة قصور أيضًا إذ هو قول أشهب ذكره ابن رشد عنهما في أول مسألة من رسم الكراء من سماع أصبغ من كتاب النكاح.

واختلف هل يقوم بماله فذكر عن مالك أنه يقوم بماله وقيل: بدونه قاله غير واحد.

وأخذه المازري وعياض من قول المدونة إذا كان الأب عديما أنها تؤخذ من الولد؛ لأنه لا يستحيل أن يكون في ماله خاصة مقدار قيمة نفسه مع ماله وإلا لزم أن يكون الجزء مساويا للكل.

قلت: ورده بعض شيوخنا باحتمال أن يكون طرأ له مال بعد العتق وقبل الدفع أو قوماه تقويما إجماليا على أن له مالا؛ لأن مال العبد تبع له فلا تشترط معرفته حقيقة،

ونقلت هذين الوجهين من درس شيخنا أبي مهدي رحمه الله تعالى فاعترض الوجه الثاني بأن تقويمه على طريق الإجمال دون بيان جهل ويفسخ إن وقع إذ فيه الضرر على المستحق وأجبته بأن أصول المذهب تدل على ما قال، وذلك أن العبد إذا كان بيده مال عين يصح أن يشتري بها ولولا أنه تبع لما جاز.

وقد قال في كتاب الخيار من المدونة ولو تلف مال العبد في عهدة الثلاث، وقد بيع به لم يكن للمبتاع رد العبد فلم يقبله واشتهر الخلاف في مقدار صداقها هل هو صداق المثل أو المسمى أو الأكثر منها أو الأقل منهما أو ربع دينار خاصة قاله ابن أبي حازم.

(ومن استحق أمة قد ولدت فله قيمتها وقيمة الولد يوم الحكم وقيل: يأخذها وقيمة الولد وقيل: له قيمتها فقط إلا أن يختار الثمن فيأخذ من الغاصب الذي باعها، ولو كانت بيد غاصب فعليه الحد وولده رقيق معها لربها):

اعلم أن هذه المسألة إحدى المسائل التي ذكر في الرسالة أن فيها ثلاثة أقوال وثانيتها: من ترك الفاتحة من ركعة وثالثتها: هل يتيمم لكل صلاة أم لا؟ رابعها: في تغليظ الدية على الأب إذا ضرب ابنه بحديدة وخامستها: في كفن الزوجة هل هو على الزوجة أم لا؟ وسادستها: في تقديم الظهر وتأخيرها والقول الأول قاله مالك وبه أخذ المصريون من أصحابه مع مطرف قاله ابن حبيب في واضحته.

والقول الثاني أيضًا قاله مالك من رواية ابن القاسم في الموازية قال أشهب: وعليه جماعة الناس وهو قول علي رضي الله عنه قاله في المجموعة والقول الثالث قاله ابن دينار وابن الماجشون وابن كنانة وابن أبي حازم وعبد العزيز وغيرهم قاله اللخمي، والمازري، وبه أفتى مالك لما استحقت أم ولده إبراهيم وقال عياض: في الغصب لما استحقت أم ولده محمد ومثله لابن رشد.

قال خليل: والصواب قول ابن القاسم في كتاب القسم من المدونة بعد أن ذكر القولين الأولين عن مالك ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها وقيمة ولدها لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك ويجبر حينئذ في قولي مالك جميعا على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق.

وقال المازري: أشار أشهب إلى بقاء قول مالك مع رضا المستحق بأخذ القيمة ولو لم تحمل لكان له أخذها وليس له ما نقصها بسبب الوطء قاله مالك في المدونة خلافًا لسحنون في قوله له ما نقصها الوطء محتجا باستحقاق الثوب بعد لبسه وإذا رد

الأمة فإنه يرد النقص وجواب ذلك معلوم ومحله المدونة وفي المدونة: من ابتاع أمة فوطئها وهي بكر أو ثيب ثم استحقت بحرية فلا شيء عليه لوطئه لا صداق ولا ما نقصها. وقال المغيرة: لها صداق مثلها قال اللخمي وهو أبين.

وعزا ابن عبد السلام القولين للمدونة اعترضه بعض شيوخنا بأن قول المغيرة ليس فيها وأقام ابن سهل من قولها أن من ورث شيئًا واغتله ثم استحق بحبس أنه لا يرد شيئًا وبمثل هذه الإقامة.

قال ابن القاسم في العتبية: لأن المستحق منه كان ضامنا للثمن الذي دفع عند عدم البائع.

وقيل: إنه يرد الغلة؛ لأن ما اشتراه لو تلف رجع بالثمن وهو ظاهر مذهب ابن القاسم في المدونة؛ لأنه على الغلة بالضمان وبالأول جرى العمل.

(ومستحق الأرض بعد أن عمرت يدفع قيمة العمارة قائمة فإن أبى دفع إليه المشتري قيمة البقعة براحا وإن أبيا كانا شريكين بقيمة ما لكل واحد):

ما ذكر أنه يرجع على المستحق بقيمة العمارة هو قول ابن نافع ولا يلتفت إلى ما أنفق سواء كان البناء قليلاً أو كثيرًا جيدا أو رديئا، وقيل: يرجع بما أنفق فيهما فيما عمل من عمل البناء فأما بنيان الأمراء فلا أدري ما هو قاله مالك.

قال ابن رشد: تضعيفه أن يكون له رجوع فيما بنى من بنيان الأمراء صحيح؛ لأنه أتلف ماله فيما لا يسوغ له من السرف المنهي عنه.

وفي كون المعتبر من القيمة يوم بنائه، وهو الأقرب أو يوم الحكم قولان، وما ذكر الشيخ من أنهما إذا أبيا كانا شريكين هو المشهور، وروي عن مالك إن أبى المستحق من دفع قيمة العمارة جبر الباني والغارس على دفع قيمة الأرض؛ لأنه قد فوتها به حكاه المازري قال أبو محمد صالح: ولو استحقت هذه الأرض بعد أن عمرت فإنها حبس على المساكين فإنه يأخذ قيمة بنائه وشجره مقلوعا كما يفعل بالغاصب؛ لأنه يقال له: اقلع متاعك وليس للمساكين مال يعطونه لك وتأخذ قيمته قائمًا، ولا يجري بينكما من التخيير ما جرى فيمن استحق أرضًا بعد أن عمرت لأنا إنا أجريناه بينكما أدى ذلك إلى بيع الحبس وما ذكره قبله غير واحد كالفاكهاني.

(والغاصب يؤمر بقلع بنائه وشجره وزرعه، وإن شاء أعطاه ربها قيمة ذلك النقض والشجر ملقى بعد قيمة أجر من يقلع ذلك):

قد تقدم حد ابن الحاجب للغصب حيث ترجم عليه الشيخ، وما ذكر من أن

الغاصب إنما يعطي قيمته منقوضًا هو كذلك باتفاق إذ لا شبهة له وعكسه المشتري وهو إذا استحق من يده ربع بعد أن بنى فيه له قيمته قائمًا اتفاقًا؛ لأنه دخل على التأبيد بوجه جائز.

واختلف في المكتري والمستعير ومن بنى في أرض زوجته فألحقهم ابن القاسم بالغصب وألحقهم ابن الماجشون ومطرف وابن حبيب بالمشتري ونص في المدونة على أن المشتري إذا أخذ بالشفعة من يده فإنه يأخذه قيمة ما بنى قائمًا فأخذ بعض شيوخنا بعمومه، وأفتى به، وكذلك شيخنا أبو مهدي وأكثر فتواه على حملها إذا لم يعلم المشتري بالشفيع فأما إن علم فله قيمته منقوضا.

وما ذكر الشيخ من إسقاط مقدار القلع من القيمة مثله لابن المواز وابن شعبان وقيده ابن رشد بما إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بعبده وقيل: إنه لا يحط منه أجر القلع وتؤول على المدونة وإليه ذهب ابن دحون واعتل بذلك بأن الغاصب لو هدمه لم يكن للمغصوب منه أن يأخذه بالقيمة بعد هدمه وكذلك أنكر ابن سهل كلام ابن المواز وأعتقد أن قيمة البناء مقلوعا تستلزم طرح أجرة القلع فلا ينبغي أن يسقط مرة أخرى.

قال خليل: وليس بالبين فإن تقويم البناء مقلوعا أعم من كل واحد من وجهين طرح أجرة القلع وعدم طرحه والأعم لا يستلزم الأخص.

قال ابن الجلاب: ومن غصب أرضًا وزرعها ثم أدركها ربها في إبان الزراعة كان بالخيار بين ترك الزرع فيها وأخذ كراء مثله من غاصبها وبين قلع الزرع منها.

وأما إن أدركها وقد فات وقت إبان زراعتها ففيها روايتان أحدهما كما ذكرناه آنفا والرواية الأخرى أنه ليس له قلع الزرع منها وله أجرة مثلها.

قال المغربي في كتاب كراء الدور والأرضين انظر قول الشيخ في الرسالة والغاصب يؤمر بقلع بنائه وسكت عن الزرع فاختلف الشيوخ لم سكت هل لقلعه على القول بالقلع أو للتفصيل فيه بين قبل الإبان وبعده وهل فيه نفع لزارع أم لا ؟ وهو إنما قصد الاختصار أو لأنه لم يبينه في المدونة فأعرض عنه الشيخ وهذا التأويل الأخير بعيد والأول أولى.

(ولا شيء عليه فيما لا قيمة له بعد القلع والهدم):

مثل هذا في المدونة قال فيها: وكل ما لا منفعة فيه للغاصب بعد قلعه كالجص والنقش فلا شيء له فيه يريد وإذا أزاله فإنه يغرم قيمته.

وقال غير واحد ممن لقيناهم: وهو جلي واضح، قال المغربي: وأقاموا منها أن من استحق أرضًا بعد أن زرعها للغاصب ولا منفعة له في الزرع أنه لربها فلا شيء عليه.

قلت ونقله الفاكهاني نصًّا عن ابن القاسم في المدونة بأثر ما ذكرناه وكذلك ما حفره من بئر أو مطمرة فلا شيء له في ذلك وقيدها غير واحد من الشيوخ بما إذا لم يطوها بالأجر، وأما لو طواها به لكانت كالبناء.

وقال سحنون في كتاب ابنه متمما للمدونة ولرب الأرض أن يكلفه بردها.

(ويرد الغاصب الغلة ولا يردها غير الغاصب والولد في الحيوان وفي الأمة إذا كان الولد من غير السيد يأخذه المستحق للأمهات من يد مبتاع أو غيره):

قد تقدم ما في غلة الغاصب من الخلاف وإنما كان غير الغاصب لا يرد الغلة؛ لأنه إنما وضع يده بوجه شبهة[1].

(ومن غصب أمة ثم وطئها فولده رقيق وعليه الحد):

قال الفاكهاني: وهذه المسألة ثابتة في روايتنا وهي ساقطة من بعض النسخ.

قلت: وإنما كان ولده رقيقا؛ لأنه لا شبهة له، ولذا يحد وهذا إذا قامت البينة أو

---

(١) قال زروق: وفي كتاب الغصب من المقدمات تحصيل الاختلاف في الغلال أنها على ثلاثة أقسام:

الأولى: غلة متولدة من الشيء المغصوب على خلقته وهيئته كالولد فإنه يرد مع الأم بلا خلاف وإن ماتت الأم كان مخيرا بين الولد وقيمة الأم.

الثانية: غلة متولدة منه على غير هيئته وماهيته كاللبن والصوف والثمر وفيها قولان:

أحدهما: أن ذلك للغاصب لضمانه لقوله عليه الصلاة والسلام «الخراج بالضمان».

والثاني: أنه يردها إن كانت قيمة أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا من قوله مع يمين المغصوب فإن تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين أن يضمنه القيمة ولا شيء له في الغلة أو يأخذه بالغلة ولا شيء له في القيمة.

الثالثة: الغلة التي هي غير متولدة عن الشيء المغصوب وهي الأكرية والخرابات وشبه ذلك فاختلفوا فيها على خمسة أقوال نذكرها، ثم قال وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع بقائها وقيامها وأما ما اغتل منها بتفويتها وتصريفها وتحويل عينها كالدنانير والدراهم بالتجارة والزرع بحرث ونحو ذلك، فهي له قولاً واحدًا ولو قصد غصب الغلة دون الرقبة وكان ضامنا لها قال وقد تقدم في بيع الخيار أن كل من دخل بوجه جائز لا يضمن الغلة وأن الولد جزء لا غلة وفي الصوف ونحوه اختلاف بخلاف اللبن والله أعلم.

كان إقرار بغصبها قبل الوطء وأما إن لم يكن إلا مجرد إقراره الآن بأن وطئ عالما فإنه يحد لأجل إقراره على نفسه بالزنا ويلحق به الولد لحق الله تعالى وحق الولد في ثبوت النسب، وهي إحدى المسائل التي يجتمع فيها الحد، وثبوت النسب وإليه النظر في نظائرها والقانون المذكور فيها.

قال ابن رشد: ويجب على الغاصب رد المغصوب بعينه إن كان قائمًا وإلا فمثله إن كان مثليا وظاهره ولو كان عينا، وفي الجلاب ولو امتنع غاصب عين من ردها وأراد أن يرد مثلها فقال ابن القاسم: يجبر ربها على ذلك وقال الأبهري: لا يجبر لخبث كسب الغاصب، وقيل: وقول ابن القاسم إنما أخذه له من البيع.

قلت: وقول الأبهري هو الصواب وأقام بعض شيوخنا من قول ابن القاسم: لو خلط زيتا بمثله وأراد أن يدفع مثله من غيره أن ذلك له وعزاه المازري للشافعي ونقل رحمه الله عن أشهب أن لربه الأخذ منه وإن كره الغاصب ومن غصب غزلا ونسجه فإنه تلزمه القيمة.

وقيل: المثل والأول لابن القاسم والثاني لغيره وهما في أول المسألة من تضمين الصناع من المدونة والمراد بالغير أشهب إذ هو معزوله في الموازية نقله الباجي إلا أنه لما ذكر القولين وعزاهما لابن القاسم، وأشهب، أخبر أن عزوه لهما نقله من الموازية وهو قصور إذ هما في المدونة كما سبق وتقدم اختلاف المذهب إذا مر على المغصوب وقت قيمته أرفع هل يلزم ذلك أم لا ؟ واحتج عبد الملك بن الماجشون بقوله بأرفع القيم بأن على الغاصب أن يرد ما غصب في كل وقت فالوقت الذي كانت فيه أرفع القيم بقدر كأنه غصبه حينئذ وقبله غير واحد كاللخمي ويرد بأن لابن القاسم أن يمنع أن الدوام كالإنشاء، وأجرى اللخمي على القول بأرفع القيم إذا غصبه طعامًا في شدة ثم قدر عليه في زمان الرخاء أنه يلزمه مقدار قيمته في زمان الغلاء؛ لأنه عطل عليه أسواقه، وفي العتبية عن مالك فيمن انتهب صرة وناس ينظرون إليه فطرحها في متلفة وادعى كذا وأكذبه ربها أن القول قول الغاصب وإن لم يفتحها.

وقال ابن كنانة وغيره: إن القول قول ربها إذا أشبه، ونص في المدونة والعتبية على وجوب اليمين على الغاصب إذا اختلفا في العدد.

قال خليل: ولم أر في الأمهات وجوبه إذا ادعى تلفا لكن نص فيها في الشيء المستحق إذا كان مما يغاب عليه إنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه وكذلك في رهن ما يغاب عليه ولا يمكن أن يكون الغاصب أسوأ حالا منها.

وقد نص ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف.

(وإصلاح السفل على صاحب السفل والخشب للسقف عليه وتعليق الغرف عليه إذا وهي السفل وهدم حتى يصلح):

ما ذكر الشيخ من أن على صاحب السفل الخشب للسقف مثله في المدونة وهو سماع ابن القاسم.

قال ابن رشد: ولا خلاف فيه وما ذكر من أن التعليق عليه هو أحد قولي أبي عمران وعن ابن القاسم أنه على صاحب الأعلى.

وقال ابن شعبان: إلا أن يهدمه من غير حاجة فيكون على صاحب الأسفل نقله عنه ابن يونس فقال بعض شيوخنا ظاهره جواز هدمه من غير حاجة.

وفي كتاب ابن سحنون عن أشهب وسحنون ليس له هدمه إلا من ضرورة وإن كانت فيه فضلة لصاحب العلو تسقط في مرحاض صاحب السفل فقيل: على السفل قاله أشهب وقيل: عليهما على عدد الجماجم قاله ابن وهب، وأصبغ، وكذلك اختلف المذهب في كنس كنيف الدار المكتراة هل هو على رب الدار أو على المكتري.

وفي المدونة: ومن اكترى دارًا أو حمامًا واشترط كنس المراحيض وغسالة الحمام على المكتري جاز؛ لأنه معروف وجهه وفيها أيضًا من اكترى دارًا فعلى ربها مرمتها، وكنس المراحيض، فظاهر لفظها الأول أن الكنس على المكتري وظاهر لفظها الثاني أنه على المكري فحمل ابن رشد ذلك على التناقض وحمله ابن يونس وعبد الحق عن بعض القرويين على أنهما يرجعان إلى قول واحد ومعنى اللفظ الأول أراد به الحادث في المستقبل ومعنى الثاني أراد به ما كان قديما.

ومعنى قول الشيخ وهي ضعف وقوله وهدم قال بعض شيوخنا: قارب أن يهدم وهو الأقرب.

وقال الفاكهاني: يحمل أن يكون على بابه وهو ظاهر المدونة.

(ويجبر على أن يصلح أو يبيع ممن يصلح):

ما ذكر الشيخ مثله في المدونة وزاد فيها فإن باعه ممن يبنيه فامتنع أجبر المبتاع على أن يبنيه أو يبيع ممن يبني، وقيل: إنما يجوز البيع بشرط الإصلاح إن كان البائع لا مال له وإلا لم يجز ويجبر على الإصلاح نقله ابن سحنون عن سحنون.

قال ابن القصار: ويجبر مطلقًا إلا أن يختار رب العلو بناءه من ماله ويمنع رب السفل من النفع به حتى يعطيه ما أنفق، نقله اللخمي عنه واختار أن يجبر رب السفل

في بنائه أو بيعه ممن يبني أو يمكن رب العلو من بنائه إن رضي على أن يشتركا فيه بقيمة كراء القاعة وقيمة كراء البناء إلا أن يعطيه بعد ذلك قيمة البناء قائمًا يوم يأخذه.

وسمع ابن القاسم في كتاب الأقضية من له حائط وهو سترة على جاره ليس له هدمه إلا لوجه يعلم أنه لم يقصد به الضرر، واختلف إذا انهدم على أربعة أقوال:

فقيل: إن سقط بسماوي أو بهدم لخوف سقوطه لم يلزمه بناؤه وإن هدمه ليجدده أو لمنفعته أجبر على بنائه إن كان له مال وإلا فلا وإن هدمه ضرر ألزمه بناؤه إن كان له مال، وإن لم يكن له مال بيع ممن يبنيه قاله ابن القاسم.

وقيل: يجبر مطلقًا كالحائط بين الشريكين قاله مطرف وابن ماجشون وهو ظاهر قول سحنون، وقيل: كذلك إلا أنه إن لم يكن له مال بيع من داره ما يبنى به فإن كانت بيده صدقة أو عمرى فلصاحبه بناؤه وأتبع به دينًا في ذمته قاله ابن الماجشون، وقيل: لا يلزمه شيء بكل حال وهو قول أصبغ وروايته وكل هذه الأقوال ذكرها ابن رشد، ومن أراد أن ينظر حائطه من دار جاره ليس له منعه أن يدخل داره فلينظره، وكذلك لو قلعت الريح ثوب رجل فألقته في دار لم يكن لصاحب الدار منعه أن يدخل فيأخذه أو يخرجه له قاله سحنون.

(ولا ضرر ولا ضرار)[1]:

هذا حديث ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم. قال عياض: واختلف في معناه، فقيل: هما بمعنى واحد على طريق التأكيد، وقيل: بمعنيين أي لا يلزم لا ضرر من لم يقصد فاعله ولا ضرار الذي قصده وأتاه عامدا.

وقال الفاكهاني: قيل: هو على التأكيد وقيل: هي ألفاظ مترادفة والذي عندي فيه أن معنى لا ضرر استبداد أحدهما بالضرر ومعنى لا ضرار اشتراكهما في الضرر لأن الضرار مصدر ضارر على وزن فاعل مثل قاتل وخاصم، وهو لا يكون إلا من اثنين فيكون المعنى على النهي على أن لا يضر أحدهما نفسه دون صاحبه أو يضر كل واحد منهما الآخر، هذا أولى من التأكيد والترادف الذي الأصل عدمه فأشار بقوله آخرًا أن ذكر الخلاف أولا إنما هو اختلاف عبارة لا حقيقة والله أعلم.

وذكر هذا الحديث ليبنى عليه ما يقوله يليه، وقد احتج به في المدونة في النكاح حيث قال: ولا يكون الأب عاضلا لابنته البكر البالغ في رده أول خاطب أو خاطبين

---

(١) رواه ابن ماجه (٢/٧٨٤).

حتى يتبين ضرره فإذا تبين قال له الإمام: إما أن تزوج وإلا زوجناها عليك؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار».

وفي القسمة أيضًا في قوله: وأنا أرى أن ما لا ينقسم إلا بضرر، ولا يكون فيما يقسم منه منتفع من دار أو أرض أو حمام فإنه لا ينقسم ويباع فيقسم ثمنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر، ولا ضرار».

(فلا يفعل ما يضر بجاره من فتح كوة قريبة يكشف جاره منها أو فتح باب قبالة بابه أو حفر ما يضر بجاره في حفره وإن كان في ملكه):

ما ذكر من أنه لا يفتح كوة تضر بجاره هو المشهور.

وقال ابن رشد وسند قول أشهب وابن الماجشون ومحمد بن مسلمة ومحمد بن صدقة من أصحاب مالك أنه لا يمنع ويقال لجاره استر على نفسك إن شئت.

قلت: وقوله إن شئت فيه تجوز بل هو الواجب ونبه عليه بعض شيوخنا وظاهر كلام الشيخ: وإن كان يشرف منها على بستان جاره أنه يمنع وهو أحد نقلي ابن الحاج في نوازله، قال: ولا خلاف أن له أن يطلع على المزارع.

وظاهر كلام الشيخ أن فتح الباب الذي لم يقابل جائز وإن كانت السكة غير نافذة ولا يفتقر إلى إذن وهو كذلك عند ابن القاسم في المدونة وعند ابن وهب في العتبية إلا أنهما جعلا ما يقارب كالمقابل.

وقال ابن زرب يمنع مطلقًا إلا بإذن جميع أهل الزقاق وبه جرى العمل بقرطبة وعليه العمل عندنا بإفريقية أيضًا.

وقيل: له تحويل بابه بحيث لا يضر لقربه سد الأول، وأما فتح باب آخر فلا وهو ظاهر قول أشهب، وأما السكة النافذة، فقيل: يفتح بابًا أو حانوتا قبالة باب جاره قاله ابن القاسم في المدونة في كتاب القسمة، وبه قال أشهب.

وقيل: يمنع إلا أن ينكب عن ذلك قاله سحنون.

وقيل: إن كانت السكة واسعة جاز وإلا فلا قاله ابن وهب والسكة الواسعة سبعة أذرع فأكثر وما ذكر الشيخ في الحفر هو قول المدونة.

وقيل: إنه جائز قاله ابن كنانة، وقيل: إن استفرغ ماء بئر جاره منع وإلا فلا، وهو في سماع أشهب وابن نافع، وقيل: إن وجد بدًا من احتفاره ولم يضطر إليه منع وإلا فلا قاله أشهب، وهذه الفروع الثلاثة من كلام ابن رشد.

(ويقضى بالحائط لمن إليه القمط والعقود):

يريد وكذلك الطاقات إذا لم تكن نافذة وكانت من جهة أحدهما خاصة قضي بالحائط لمن تلك الطاقات في جانبه، وروي أن حذيفة اليماني بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم لينظر في معاقد الحيطان فقضى به وفي سنده وهم قال عبد الحق: وهو متروك الحديث، والقمط هو الخشب الذي يكون بين البنيان وهل يلزم اليمين صاحب القمط أم لا؟ في هذا الأصل خلاف وتقدمت نظائرها في اللقطة فأغنى عن إعادتها.

(ولا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ):

هو في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم ومعنى الحديث لا يمنع أحدكم فضل مائه ليسلم له الكلأ لأن الدواب إذا لم تشرب لم تأكل شيئًا قال بعضهم: فهو من سد الذرائع قال ابن القاسم في حريم البئر من المدونة وذلك في الصحارى، وأما الفلاة والأرض المحروثة فللرجل منع كلائه عند مالك إن احتاج إليه وإلا فليخل بين الناس وبينه، وفي الصحيح من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **«ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم: رجل يحلف على سلعته لقد أعطى فيها أكثر مما أعطي وهو كاذب، ورجل حلف يمينا بعد العصر ليقتطع بها مال امرئ مسلم، ورجل منع فضل ماء فيقول الله يوم القيامة: أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمله يداك»**[1].

قال الفاكهاني: قال أهل اللغة: الكلأ: العشب، قال في الصحاح: وسواء كانت رطبة أو يابسة ورأيت لبعض الفقهاء أن الكلأ يختص بالرطب من الربيع، ولم أدر من أين يأخذه والكلأ رويناه بالقصر ولا أعلم فيه خلافًا.

(وأهل آبار الماشية أحق بها حتى يسقوا ثم الناس فيها سواء):

واختلف هل تورث بئر الماشية أم لا ؟ فالأكثر على أن ورثة من حفرها تتنزل منزلته في الانتفاع.

وقال ابن الماجشون: لا حظ فيها للزوجين وفي المجموعة لا تورث ولا توهب ولا تباع وإن احتاج قال الباجي: يريد بقوله: لا تورث على ملك المالك.

وقال ابن الماجشون: إن كانت لهم سنة يعني الورثة من تقديم ذي المال الكثير أو قوم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه وإلا اقترعوا عليه.

---

(١) رواه البخاري (٨٣٤/٢)، ومسلم (١٠٢/١).

قال ابن رشد: وهذا عندي إذا استوى تعددهم من حافرها وأما إن كان بعضهم أقرب من بعض فهو أحق بالتبدئة قلت ماشيته أو كثرت.

واعلم أن المسافرين أحق بالماء من المقيمين إن كانت حاجتهم أشد فإن استوت حاجتهم، ولم يكن في الماء فضل فإنه يبدأ بمن جهده أكثر فإن استووا فيه فأهل آبار الماشية أحق أو يستوون؟ اختلف في ذلك على قولين لابن لبابة وأشهب وللمسافرين عارية الدلو والرشا والحوض.

وظاهر كلام الشيخ سواء كان المسافرون أملياء أم لا، وهو كذلك.

قال ابن عبد السلام: ولعل ذلك لأن مالكها لم يتخذها للكراء، وإنما اتخذها لتحصيل المنفعة المقصودة منها لا لغير ذلك وإلا فالأصل أنه لا يخرجه ملك الإنسان عنه ولا الانتفاع به إلا بعوض.

(ومن كان في أرضه عين أو بئر فله منعها إلا أن تنهدم بئر جاره وله زرع يخاف عليه فلا يمنعه فضله واختلف هل عليه في ذلك ثمن أم لا ؟):

ما ذكر من أن له المنع هو المذهب واختلف هل له بيع ذلك أم لا ؟ فقيل: جائز وهو المعروف، وكأنه ظاهر كلام الشيخ؛ لأن الأصل أن من له منع ملكه من التصرف فيه فله الإذن بالبيع وغيره إلا لعارض.

قال ابن عبد السلام: وظاهر قول يحيى بن يحيى أنه يمنع منه؛ لأنه قال: أربع لا أرى أن يمنعن الماء والنار والحطب والكلأ، وأظنه اعتمد في ذلك على الحديث المروي في هذا الباب عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**المسلمون شركاء في الماء والكلأ والنار، وثمنه حرام**»[1] وهو حديث ضعيف السند.

والقول بأنه يأخذ الماء بغير ثمن هو قول المدونة في حريم البئر منها، والقول بأنه بالثمن روي عن مالك حكاه ابن يونس وعن أشهب مثله إن كان مليا وإن لم يكن مليا فالأول.

وكذلك اختلف المذهب إذا اضطر إلى أكل مال غيره هل عليه في ذلك ثمن عند يسره أم لا والذي به الفتوى أنه يلزمه لخلاف الماء ليسره؛ لأنه مما يبتذل بخلاف الطعام. وذكر الشيخ في إعطاء فضل الماء شرطين.

الأول: أن يحرث على أصل ماء ولهذا أشار بقوله: إلا أن تنهدم بئر جاره.

والثاني: أن يخاف على زرعه وبقي عليه شرط ثالث: وهو أن يشرع في

---

(١) رواه ابن عدي في الكامل (٤/٢٠٩).

الإصلاح ولا يؤخر.

(وينبغي أن يمنع الرجل جاره أن يغرز خشبه في جداره ولا يقضي عليه بذلك):

يعني: يندب إلى إعارة الجدار لغرز الخشب عليه، وقوله ولا يقضي عليه تأكيد لقوله وينبغي، وهذا هو المعروف ونص المدونة في الجعل والإجارة ونقل ابن رشد وابن زرقون عن ابن كنانة أنه تجب إعارته إن لم تكن في ذلك مضرة بينة على رب الجدار وزاد أبو إبراهيم يقضي به وعلى الأول فهل يلزم بمجرد الإذن فلو بدأ لربه قبل الغرز عليه فليس له ذلك أو له ذلك.

واختلف في ذلك على قولين، وأفتى ابن عات مع نقله عن الشيوخ بجواز الغرز بجدار المسجد أو الجامع لجاره كغير المسجد، وذهب مالك إلى المنع منه، والنفس إليه أميل؛ لأن محبسه لم يحبسه على شيء خاص.

واختلف في التعليق على جدار المسجد كما اختلف في الغرز فإن أعاد جداره ثم أراد الرجوع بعد الغرز فليس له ذلك إذا قصد الضرر فإن احتاج لجدار لهدمه أو لينتفع به فهو أولى، وهذا القول هو سماع ابن القاسم، وأشهب.

وقال في المدونة: فيمن أذن في بناء بأرضه أو غرس له أن يخرجه إذا أعطاه قيمة ما أنفق فقيل: هو اختلاف في قول قاله ابن لبابة، وابن أيمن وغيرهما، وقال سحنون: إنما الفرق بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا يمنع أحدكم جاره...**» الحديث يريد لقول من حمله على الوجوب وبقي في المسألة أقوال لم نذكرها خشية الإطالة.

(وما أفسدت الماشية من الزرع والحوائط بالليل فذلك على أرباب الماشية ولا شيء عليهم في إفساد النهار):

ما ذكر من التفصيل هو قول مالك رحمه الله وحجته ما خرجه في الموطأ: أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه فقضى فيه رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضمانه من أهلها.

قال أبو عمر بن عبد البر: هو من مراسيل الثقات وتلقاه أهل الحجاز وطائفة من أهل العراق بالقبول وقيل: بالضمان مطلقًا قاله يحيى بن يحيى من أصحابنا وهو قول الليث وعطاء وعزاه الباجي لرواية ابن القاسم وكذلك لم يحكه عياض في الإكمال إلا عن سحنون فقط وخارج المذهب قول بعدمه مطلقًا لأبي حنيفة واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم: «**فعل العجماء جبار**»[1] ويرد بأنه مخصوص بما سبق، وقيد قول مالك

---

(١) تقدم تخريجه.

بالضمان في الليل إذا كان الزرع مهملا لا حائط له.

وقال ابن عبد البر: يسقط الضمان نهارا عن أرباب الماشية إذا طلعت دون راع، وأما إن كان معها راع فلم يمنعها وهو يقدر على دفعها فهو كالقائد والراكب.

وقال ابن شعبان عن محمد بن حارث: هذا محمول على أن أهل الماشية لا يهملون مواشيهم بالنهار وعلى أنهم يجعلون معها حافظا، وراعيا وإن أهملوها فهم ضامنون، وهذا عكس ما قدمناه عن أبي عمر، وقيل: إذا كانت المزارع ممتدة لا يقدر أربابها على حراستها لم يكن على أهل المواشي شيء.

وقال بعض الشيوخ: العكس أولى؛ لأنه إذا كان الأمر هكذا كان على أربابها أن لا يخرجوها إلا براع، وهذا كله إذا لم تكن من المواشي التي شأنها العداء على الزرع، فإن كانت كذلك وتقدم إلى أربابها ضمنوا ما أصابته ليلا كان أو نهارا كالكلب العقور حكاه الباجي من رواية عيسى عن ابن القاسم في المدونة.

واختلف فيما لا يستطاع التحرز منه كالنحل والدجاج والحمام فقيل: لا يمنع من اتخاذها وإن أضرت، وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، قاله أصبغ وابن القاسم، وابن كنانة.

وقيل: يمنع من اتخاذها؛ لأنه لا يمكن الاحتراز منه قاله مطرف وابن حبيب والقولان ذكرهما الباجي ويقوم من كلام الشيخ أن الثور إذا حصل قرناه في شجرة ولم يمكن خروجهما إلا بنشر قرنيه أو بقطع أفراع الشجرة فإنه يفصل في ذلك بين الليل والنهار وسمعت في درس شيخنا أبي محمد الشبيبـــي رحمه الله من نقل بعض الطلبة الحفاظ قولاً بمثله وطلبت عليه طلبًا حثيثا فلم أجده، والذي وقفت عليه الآن لأبي عمران الصنهاجي في نظائره ارتكاب أخف الضررين بالبيع وكذلك وقفت على ما وجدت بخط ابن سهل بالبيع ونصه في ذلك ثور وقع بين غصنين أو دينار وقع في محبرة أو دجاجة لقطت فصا فيجبر صاحب القليل منهما على البيع من صاحب الكثير لرفع الضرر.

وكذلك وقفت على ما وجدت بخط ابن سهل عن ابن أبي زمنين أن الغصن يقطع ويؤدي صاحب الثور قيمته، ويحمل على أن قطع الغصن هو أخف ضررا؛ لأنه الأعم الأغلب فيرجع إلى وفاق وحيث يثبت الضمان فإنه يضمن قيمته على الرجاء والخوف لو حل بيعه ونص على ذلك في المدونة في كتاب المدبر على طريق التشبيه ولم ينص عليه في غيره قاله المغربي واختلف هل يستأني بذلك لعله ينبت كما يستأنى بسن الصبي أو تعجيل القيمة في ذلك قولان.

واختلف إذا عاد الزرع بعد أخذ قيمته فهل هو حكم مضى أو ترد القيمة في ذلك قولان لمطرف وغيره.

قال ابن رشد وهما مخرجان من كتاب الدية من المدونة فيمن ضرب رجلاً فنزل الماء في عينه فغرم دية العين ثم برئت فقال أشهب: لا يرد الدية، وقال ابن القاسم: يرد قال في البيوع الفاسدة من المدونة وإذا كانت المواشي تعدو في زرع الناس فأرى أن تغرب وتباع في بلد لا زرع فيها إلا يحبسها أربابها عن الناس ويريد بعد البيان في البيع فإن لم يفعل فهو عيب قاله ابن يونس.

قال بعض فضلاء أصحابنا، وأخذ منها نفي من يضرب الخطوط، ونفي من يأخذ الحيوان بالعين، وفي الآدمي يسجن لأنه بالنفي تقل مفسداته ولأنه يغرب من ذلك الموضع إذا اتصف بذلك.

قلت: ولا يخفى ضعف ما ذكر من الأخذ والحق عندي سجن من ذكر لأن به تؤمن غائلته، وأما من يؤذي الناس بالغيبة فإن أدبه كاف في زجره قاله شيخنا أبو مهدي، وأفتى أبو عمر الأشبيلي، وأحمد بن عبد الملك بأنه يخرج من المسجد.

قال ابن عبد البر في الاستذكار فقلت له: ما هذا ؟ وفي ضربه بالسوط كفاية فقال: الاقتداء بحديث النبي صلى الله عليه وسلم أولى وهو قوله «**من أكل من هذه الشجرة فلا يقربن مسجدنا يؤذينا بريح الثوم**».

(ومن وجد سلعته في التفليس فإما حاصص وإلا أخذ سلعته إن كانت تعرف بعينها وهو في الموت أسوة الغرماء):

ما ذكر الشيخ من الفرق بين المفلس هو مذهبنا، وقال الشافعي: وهو أحق مطلقًا، وهو قول عثمان وعلي وغيرهما رضي الله عنهما، وقال أبو حنيفة: لا مقال له مطلقًا، وبه قال الحسن وغيره، وإنما يكون أحق في الفلس إذا لم يرض الغرماء بتقدمته في مال المفلس، فأما إن رضوا فلا مقال له.

واختلف هل لهم دفع الثمن من حيث شاءوا أم لا ؟ على أربعة أقوال: فقيل: لهم ذلك قاله ابن القاسم في المدونة وقيل: يتعين كونه من مالهم وقيل: يتعين كونه من مال المفلس قاله ابن كنانة، وهذه الأقوال الثلاثة حكاها ابن حارث، وقيل: ليس لهم شيء من ذلك إلا أن يشترط زيادة على ثمنها يحطونها من دينهم على المفلس نقلها المازري عن أشهب وإذا فلس المكتري فإن أسلم المبتاع إلى الجمال ليحمله على جماله فهو أحق بالمتاع إن كان بيده، وكذلك إن مات باتفاق.

قال ابن رشد: لأنه كرهن بيده وتعليله في المدونة بأنه إنما بلغ على إبله علة غير

صحيحة.

وإن أسلم الجمال إليه الإبل يحمل عليها ففلس قبل حوزه متاعه ورده الإبل للجمال فالمشهور أن الجمال أولى قال: ويتخرج أنه أسوة الغرماء في الفلس والموت، ويتخرج أيضًا أنه أسوة في الفلس خاصة وأخذ أحمد بن خالد من قول المدونة؛ لأنه على دوابه وصل إلى المكتري أحق وإن قبضه ربه ابن رشد وهو بعيد، قال خليل: لعل أحمد فهم قوله في المدونة كالرهن، ولأنه على دوابه وصل أنهما علتان على البدل وفهمه غيره على أنه علة واحدة والله أعلم.

ونص ابن القاسم في العتبية على أن السفن كالدواب وأخذ ذلك جماعة من تعليله في المدونة المسألة السابقة.

قال في التفليس من المدونة: أرباب الدور والحوانيت فيما فيها من أمتعة أسوة الغرماء في التفليس والموت.

وزعم ابن رشد الاتفاق عليه وهو قصور لنقل ابن يونس والمازري وعن عبد الملك بن الماجشون أنه جعل الدور والحوانيت كالدواب، وأما أجير رعاية الإبل أو راحلتها فإنه أسوة الغرماء في الفلس والموت قاله في المدونة وقيدها عبد الجبار بن خالد بما إذا كان يردها لبيتها عند ربها، وأما إن كانت باقية في يديه فهو كالصانع نقله ابن حارث عن لقمان بن يوسف عنه.

قلت: ونقلت هذه المسألة في درس شيخنا أبي مهدي فلم يرتضه، واختار إبقاء المدونة على ظاهرها من العموم والصواب تقييدها به كما قال عبد الجبار.

(والضامن غارم لما ضمن):

يعني إذا قال الرجل أنا ضامن لك يا فلان فإنه غارم ولا خصوصية لهذه اللفظة بل، وكذلك أنا حميل أو غريم أو كفيل أو قبيل وهو لك عندي أو علي أو إلي أو قبلي نص على جميع ذلك في المدونة قائلاً: هي حمالة لازمة إن أراد المال لزمه، وإن أراد الوجه لزمه.

واختلف إذا كان اللفظ مبهما، وقال أردت الوجه ففي قبوله قولان، قال ابن رشد في المقدمات: والأصح عدم قبوله لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الحميل غارم**»[1] قلت: وقبله بعض شيوخنا قال المازري: اختار بعض أشياخي أنها حمالة بالوجه لكونها أقل الأمرين والأصل براءة الذمة ورد الاستدلال بالحديث بأنه إنما قصد بالحديث بيان

(١) في المدونة (١٣/٢٧٨).

حكم وجوب المطالبة للكفيل بما ضمنه، ولم يقصد بيان إطلاق هذه اللفظة قال: ولأن الغرامة إنما تكون في الأموال لا في الأبدان إذ البدن لا يصح أن يغرم فكأنه قال: الزعيم غارم لما ضمن والضامن الذي تتصور فيه الغرامة إنما يكون في المال.

(وحميل الوجه إن لم يأت به غرم حتى يشترط أن لا يغرم):

ما ذكر الشيخ أنه إن لم يأت به غرم هو المشهور، ونقل اللخمي عن ابن عبد الحكم أنه لا يغرم، وظاهر كلامه لو أحضره عديما أنه لا يضمن وهو كذلك خلافًا لابن الجهم وقول أبي بكر بن اللباد واختار اللخمي الأول إن كان معسرا وقت حلول الأجل وإما إن كان مليا، وأتى به معسرا فإنه يلزمه المال إلا أن تكون بمال حل، ولم يتحمل ليؤخره فيتحصل في ذلك ثلاثة أقوال، والأول منها نص المدونة ولا يعارض قولها بقولها في النذور من حلف لا يتكفل بمال فتكفل بنفس حنث لأنها كفالة بالمال؛ لأن الحنث يقع ناقل الأشياء.

واختلف إذا حكم القاضي على الضامن بالغرم فأحضره قبل الغرم فمذهب المدونة، وهو المشهور أنه يغرم خلافًا لسحنون وهذه طريقة اللخمي، وابن يونس وغيرهما، ونص المدونة: ولو حكم عليه بالمال بعد التلوم لزمه المال ومضى الحكم فقال بعضهم بإشهاد الحاكم، وإن لم يغرم وهو قول عبدالملك، وقال بعضهم: المراد إذا دفع بعد الحكم وكلا التأويلين حكاه عياض.

قال خليل: وما ذكره خلاف الطريقة الأولى، ولو شرط رب المال على الضامن الوجه أن يحضر له الغريم ببلد سماه فأحضره ببلد تناله الأحكام فيه فنقل ابن عبد الحكم في إبرائه قولين وأجراهما المازري على الخلاف في شرط ما لا يفيد ورده ابن عبد السلام بأنه قد تكون البلد المشترط فيها فائدة لرب المال ككونها سكنى البينة التي ثبت بها الحق أو يكون الحق غير الدنانير والدراهم مما يقصد به موضع خاص.

(ومن أحيل بدين فرضي فلا رجوع له على الأول وإن أفلس هذا إلا أن يغره منه):

قال ابن الحاجب: الحوالة: نقل الدين من ذمة إلى ذمة لتبرأ بها الأولى وتعقب من وجهين:

أحدهما: أن النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني والدين لا ينتقل وإنما يؤخذ مثله من ذمة أخرى.

الثاني: أن قوله لتبرأ بها الأولى حشو لعدم إفادته مدخلا ومخرجا، وإنما هو علة والعلة غير المعلول وكلاهما ذكره ابن رشد رحمه الله تعالى.

وقال ابن عبد السلام في قوله لتبرأ بها الأولى: هو على طريق البيان.

وقال الشيخ خليل: لعله احترز به من الحمالة فإن فيها شغل ذمة أخرى بالحق، ولا تبرأ بها الأولى وما ذكره ضعيف؛ لأن قوله نقل الدين يقتضي خروج الحمالة وحكمها الندب، وقيل: إنها مباحة.

قال بعضهم: وما ذكر الشيخ أنه يرجع عليه إذا غره هو نص المدونة وعارضها غير واحد كالشيخ أبي إسحاق التونسي بقوله في المساقاة: من باع سلعة بثمن إلى أجل ممن ظن ملاءه فبان عدمه أنه لا مقال له، وفرق ابن يونس بأن الحوالة بيع دين بدين وأجيزت للرخصة وشراء الدين لا يجوز حتى يعلم ملاء الغريم من عدمه؛ لأنه شراء لما في ذمته فوجود ذمته معيبة كوجود السلعة معيبة والذي باع السلعة لم يقصد شراء ما في ذمته.

وفرق التونسي بأن البياعات تتكرر كثيرًا لشدة الحاجة إليها فالكشف مما يشق فلو لم يجز البيع للبائع إلا بعد الكشف عن ذمة المشتري، والبحث عنها لتعذرت أكثر البياعات بخلاف الحوالة لعدم تكررها، وذكر المازري أيضًا وزاد فرقًا آخر، وهو أن البائع يدفع للمشتري سلعة تقارب الثمن الذي يحل في ذمته فاستغنى بذلك عن الكشف بخلاف الحوالة.

قال ابن عبد السلام: وحكى غير واحد من الشيوخ الموثق بنقلهم عن مالك أنه لا يلزم المحال الكشف عن ذمة المحال عليه هل غني أو فقير بخلاف شراء الدين، وفرق بعضهم بأن الحمالة طريقتها المعروف بخلاف البيع فإن مبناه على المكايسة.

قلت: ما ذكر عن الشيخ صحيح نقله اللخمي والمازري وهو خلاف ما تقدم لابن يونس، قاله بعض شيوخنا، ولو شرط المحال على المحيل إن أفلس المحال عليه فإنه يرجع عليه فإن شرطه نافع قاله المغيرة، ونقله الباجي كأنه المذهب.

وقال ابن رشد: هذا صحيح لا أعرف فيه خلافًا.

قلت: واستشكله بعض شيوخنا لأنه شرط مناقض لمقتضى الحوالة وقد علمت قول ابن القاسم ذا شرط في العارية التي لا يغاب عليها الضمان إنه لا أثر له.

(وإنما الحوالة على أصل دين وإلا فهي حمالة):

يعني: أنه يشترط أن يكون على المحال عليه دين للمحيل فمهما لم يكن فهي حمالة وسواء كانت بلفظ الحمالة أو الحوالة وهذا الذي قاله هو المشهور.

وقال ابن الماجشون: إذا كانت بلفظ الحوالة فلها حكم الحوالة نقلها الباجي، ويشترط أن يكون الدين المحال به حالا من غير خلاف ووقع في السلم الثاني من المدونة ما يوهم خلافه في قوله ولو استقرض الذي عليه السلم مثل طعامك من أجنبي أو سأله أن يوفيك أو أحالك به، ولم تسأل أنت الأجنبي جاز ذلك قبل الأجل أو بعده فأورد

بعضهم في درس ابن عبد السلام عليه حين إقرائها أنه خلاف المذهب في اشتراط حلول المحال به فلم يحضره، ولا غيره جواب ثم بان لبعض شيوخنا يسره بأن شرط الحلول إنما هو في الحوالة الحقيقية التي هي على أصل دين، وهذا مجاز لأنها على غير أصل دين فهي حمالة قال ويؤيده قولها في الحوالة إن أحالك مكاتبك على من لا دين له قبله لم يجز لأنها حمالة بكتابة وتجوز الحوالة ولا تجوز الحمالة بها على أصل دين.

ويشترط أن يحضر المحال عليه ويقر بالدين عند ابن القاسم خلافًا لابن الماجشون وللأندلسيين القولان ولا بد من رضا المحيل والمحال.

وصرح ابن رشد وابن الحاجب بأنهما من شروطها، ولم يعدهما اللخمي، وابن رشد منها.

قال بعض شيوخنا: وهو أحسن والأظهر أنهما جزآن لها لأنهما كلما وجدا وجدت ونصر شيخنا أبو مهدي الأول بأن حدها يدل على أنهما من الشروط إذا لم يذكر ذلك في الحد، وأما رضا المحال عليه فإنه لا يشترط ونقل ابن زرقون عن زاهي ابن شعبان اعتباره.

(ولا يغرم الحميل إلا في عدم الغريم أو غيبته):

ما ذكر هو القول الذي رجع إليه مالك وبه أفتى ابن القاسم وكان يقول: يتبع أيهما شاء، والقولان في المدونة، وقال ابن الحاجب: وللمضمون له مطالبة من شاء منهما وفيها لا يطالب والأصل حاضر مليء لكن إذا غاب أو فلس ورآه كالرهن.

وقيل: أو كان ملطاطًا، قلت: وهو معترض من وجهين:

الأول: أن كلامه يقتضي أن المشهور من المذهب أنه يتبع أيهما شاء وليس كذلك بل الذي أخذ به ابن القاسم هو الذي يعول إليه أهل المذهب وصرح به ابن رشد أنها الرواية المشهورة، وقوله: وفيها لعله نسبها لها ليبين أن ما فيها هو المشهور بعيد.

الثاني: أن كلامه يوهم أن المدونة إنما فيها قول مالك وليس كذلك ومعنى قوله أو كان ملطاطًا أي جاحد الحق.

قال بعض شيوخنا: ولا أعرف هذا القول في هذه المسألة بل في غيرها.

وسلمه ابن عبد السلام بل قال في عده خلافًا نظر.

وقال ابن راشد: لا ينبغي عده خلافًا بل قال: وهو جار على المشهور وكذلك ذكره غيره.

(ويحل بموت المطلوب أو تفليسه كل دين عليه ولا يحل ما كان له على غيره):

قال عبد الحق عن بعض البغداديين: إنما وجب ذلك لأن الميت انقطعت ذمته،

ولأن الوارث وجب له المال، ولا إرث إلا بعد أداء الدين والفلس عيب في ذمته فلرب الدين أن يأخذ دينه ؛ لأنه لم يدخل على ذمة خربت معيبة.

وما ذكر الشيخ هو المشهور ونحا الشيخ أبو القاسم السيوري إلى عدم حلول الدين في الموت قيل: وأحرى أن يقال ذلك في الفلس واستقراه من المدونة من قولها في القراض إذا مات العامل بقي المال في يد وارثه يعمل فيه إن كان أمينا أو أتى بأمين، وقبله غير واحد كابن عبد السلام.

ورده بعض شيوخنا بأن مال القراض ليس دينًا في الذمة على العامل إجماعا وإنما هو أجير فيه ووجه عمل وارثه فيه مذكور في القراض.

وقال اللخمي: القياس إذا أتى المفلس بحميل أن يبقى عليه لأجله لأن تعجيله إنما هو خوف أن لا يكون له عند الأجل شيء ويدخل في كلام الشيخ إذا فلس المكتري لدار اكتراها سنة مثلاً فإنه يحمل ما عليه وهو ظاهر المدونة، قال فيها وإذا فلس المكتري فصاحب الدابة أولى بالمبتاع من الغرماء فإنه يقتضي تعجيل حقه ولا يصح أن يبيع الغرماء منافع دابته ويبقى هو مطالبًا بالكراء ومن له فيها أيضًا إذا اكترى أرضًا فزرعها ثم فلس أنه يحاصص الغرماء بالكراء قال المازري، وذكر لي بعض الشيوخ أن عبد الوهاب نص عليه في شرح الرسالة وكذلك ذكر لي عن المبسوط ولم أر قدر على النقل في هذين الكتابين ولكن عندي أن المسألة كالمنصوص فيها على القولين لأنه اختلف فيمن أكرى داره خمس سنين وقبض كراءه ومر عليه حول هل يزكي الجميع أو العام الأول فقط قلت: والذي به الفتوى عندنا أنه لا يزكي وهو الجاري على قول ابن القاسم أن قبض الأوائل ليس قبضًا للأواخر خلافًا لأشهب وقاله ابن رشد في مقدماته في كتاب التفليس.

(ولا تباع رقبة المأذون فيما عليه ولا يتبع به سيده):

ما ذكر هو المشهور وقال سحنون: تباع رقبته نقله الفاكهاني ويعني الشيخ أنه تتبع به ذمته سواء بقي في ملك سيده أو أعتقه، قال في أول مسألة من كتاب المأذون من المدونة ومن خلا بين عبده وبين التجارة يتجر فيما شاء ولزم ذمته ما يداين به ثم قال بعد وإن أعتق يومًا ما بقي الدين في ذمته وأما الذي لم يؤذن له في التجارة فلا يتبع بشيء إلا أن يعتقه يومًا ما فيتبع بذلك إلا أن يفسخه عنه سيده أو السلطان لأن ذلك يعيبه ومعنى فسخ السلطان إذا كان السيد غائبًا قاله المغرب في النكاح الأول.

وقاله ابن عبد السلام هناك أيضًا يدفع السيد له وطلبه ذلك فإن قلت كيف يعيبه مع أنه لا يتبع به إلا إذا أعتق فهو لا يحط شيئًا من ثمنه قلت لاحتمال أن يتهم عليه أنه

استأذنه في فساد فهو يبخس من ثمنه، ولو استهلك المأذون وديعته فإنه لا يباع فيها عند ابن القاسم وقال يحيى بن عمر هي جناية في رقبته، وعلى الأول فالمعروف من المذهب في ذمته فهما أمكن أخذها ولو قبل العتق أخذت ونقل ابن عبد السلام عن أشهب أنها تتعلق بذمته ولا تؤخذ من ماله الآن.

(ويحبس المديان ليستبرأ):

اعلم أن المديان إذا امتنع من أداء ما عليه فهو على ثلاثة أقسام:

الأول: إن كان موسرا به، قال مالك يسجن ويضرب بالسوط مرة بعد مرة حتى يؤدي ما عليه أو يموت أو يتبين أن لا شيء معه وبه قضى سحنون على أحمد بن أبي الجواد ولم يزل يضربه ضربًا بعد ضرب حتى مات حسبما هو مذكور في المدارك وغيرها، الثاني إذا طلب التأخير لأداء ما عليه فقال سحنون يؤخر اليوم وشبهه.

وقال مالك: يختلف حال الملأ والمعدوم وقلة المال وكثرته وحيث يؤخر فلا بد من حميل قاله سحنون وفي المبسوط عن مالك لا يلزمه ذلك الثالث: مجهول الحال في المقدمات يحبس بقدر ما يستبرأ أمره ويختلف باختلاف الدين فيحبس في يسير الدريهمات نصف شهر، وفي كثير المال أربعة أشهر وفي الوسط شهرين قاله ابن الماجشون، قلت: وهذا الوجه هو الذي تكلم عليه الشيخ، وظاهر كلامه أنه محمول على الملأ وهو المعروف إذ لو كان عنده محمولا على العدم لما سجنه، ولكلف الطالب إثبات ملائه إذ ذاك يسجنه وقيل أنه محمول على العدم وقيل: إن كان عن عوض فعلى الملأ وإن كان عن غير عوض كنفقة الأبوين فعلى العدم ولو سأل الطالب أن يفتش دار المديان فقال ابن سهل: شاهدت الفتوى والحكم بطليطل أنه يفتش عليه مسكنه فما ألفى من متاع الرجل بيع عليه وأنصف الطالب منه، ولا يختلف فقهاؤنا فيه وأنكر ذلك على أكثرهم فلم يرجعوا عنه. وسألت ابن عات عند ذكره، وكذلك أنكره أيضًا ابن مالك.

وقال: أرأيت الذي يلفى في بيته إن كان ودائع قلت هو محمول على أنه ملك له حتى يثبت خلافه قال فيلزم إذا الاستيناء به حتى يعلم هل له طالب أم لا؟ وأعلمت ابن القطان بفعل أهل طليطلة فقال لي: ما هو ببعيد قال ابن رشد: وأراه حسنا فيمن ظاهر اللدد والمطل، وحيث يسجن الغريم فإنه لا يخرج ولو لصلاة الجمعة أو العيدين. وإن اشتد مرض أبويه أو ولده أو إخوته أو من يقرب من قرابته وخيف موته فإنه يخرج بكفيل بوجهه، قاله ابن عبد الحكم نقله أبو محمد ونقله ابن يونس عن ابن المواز قال المازري: وأخذ بعض أشياخي يريد به اللخمي أن الجمعة فرض كفاية ويرد بأن لها بدلا فتسقط بالمطر على قول وأبيح التيمم إذا كثر ثمن الماء فكذلك الخوف على تلف مال الغرماء

بخروجه للجمعة. قال والأولى لا يمنع منها إن أمكن خروجه لها مع عدم ضرر الغرماء.

(ولا حبس على معدم)[1]:

مثله قال في المدونة، قال في المقدمات: ويحلف ما له مال باطن ولا ظاهر فإن وجدها مالا ليؤدين إليه حقه وعن ابن سهل هذه اليمين لابن لبابة وغيره، قال ابن فتوح وزاد بعض المفتين في اليمين وليعجلن الأداء لأنه قد يؤديه بعد طول، وزاد بعضهم لئن رزقه الله مالا في سفره ليعجلن الأوبة والأداء، ونقل ابن عبد السلام عن مالك أنه لم ير زيادة قوله وإن وجد قضاء ليقضين، قال خليل ولم أر من نقله عن مالك فإن ثبت فإنه يحمل على أنه قول شاذ ولو شهدت بينة بعدمه وأخرى بملائه ففيها اضطراب شهير في المذهب والعمل بتونس على تقديم بينة الملأ وهذا ما لم تقل بينه الملأ له مال باطن أخفاه فإن قالت ذلك قدمت اتفاقًا.

(وما انقسم بلا ضرر قسم من ربع وعقار):

قال ابن رشد: لا خلاف أن المكيل والموزون إذا كان صبرة واحدة أنه يقسم على الاعتدال بالكيل والوزن وعلى تبيين الفضل ولو حرم فيه التفاضل ويجوز بالمكيال والصنجة المجهولين، ونقل ابن زرقون عن ابن الماجشون يقسم التمر والرطب والعنب على أكثر شأنه في البلد من كيل أو وزن وقال محمد بن عبد الحكم لا بأس أن يقسم القاضي الزبيب كيلا، أو وزنا على أي ذلك شاء وقال أشهب: في المدونة يبيع الزيت بالكيل، فأما الوزن فإن عرف ما فيه من الكيل فلا بأس به، وإن اختلف فلا خير فيه فجعل الأصل الكيل قال المتيطي عن أصبغ: لا يأمر القاضي بقسم بين ورثة طلبوه منه حتى يثبت عنده ملك موروثهم ما طلبوا قسمه إلى أن هلك ولا يحكم إلا بما ثبت عنده وإن أحبوا قسم ذلك لم يعرض لهم وهو الشأن وعليه العمل، قال بعض الأندلسيين: هذا قول مالك وأصحابه قال أبو عمر في كافيه وإن قسم القاضي بينهم دون أن يثبتوا عنده الملك ذكر في كتاب قسمهم أن ذلك بإقرارهم دون بينة.

(وما لم ينقسم بغير ضرر فمن دعا إلى البيع أجبر عليه من أباه):

ما ذكر مثله في المدونة قال فيها: إن لم ينقسم ما بينهم من ربع أو حيوان أو عرض وشركته بإرث أو غيره، فمن دعا إلى البيع أجبر عليه من أباه ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطي فيه فأخذ غير واحد أن ليس لطالب البيع أخذه إلا بزيادة ما وقف عليه من الثمن وهو أحد القولين، وقيل لكل من الشريكين أخذه بذلك الثمن قيل: وبه

---

(١) انظر: شرح الرسالة (٩٢٥).

أفتى القاضي أبو الوليد وظاهر المدونة والرسالة ولو دخل أحد الشريكين على الآخر، وليس كذلك إذ لا حجة في بخس الثمن في حظه منفردا لأنه كذلك اشترى قاله عياض قال وقول شيخنا القاضي أبي الوليد لمثل قول الداودي في رباع الغلة وما لا يحتاج إلى السكنى والانفراد إنه لا يجبر عليه من أباه مطلقًا لأن رباع الغلة إنما تراد للغلة وقيل ما يحط ثمن بعضها منفردا عن ثمنه في بيعه جملة بل ربما كان الراغب في شراء بعضها أكثر من الراغب في شراء جميعها بخلاف دار السكنى، قلت: ورده بعض شيوخنا بأن العيان خلافه إلا أن تكون عادتهم بالأندلس فواضح، وحيث حكمنا لمريد البيع بالتمكين منه فهل تخلي الدور والحوانيت وغيرها أم لا؟ في ذلك ثلاثة أقوال، فقيل بما ذكر، وقيل يكفي التزام الساكن أن لا يمنع من أراد التقليب من الدخول.

وقيل: لا يحكم بالإخلاء في الحوانيت وشبهها ويحكم في الدور وشبهها بالإخلاء نقله ابن عبد السلام عن بعض قضاة بلده واختلف قول مالك فيما يبطل القسم صفته المقصودة كالبيت الصغير، والحمام والماجل وللقول بقسم ما ذكر ذهب إليه ابن كنانة من أصحاب مالك وحده، قاله ابن حبيب وعزاه اللخمي وعياض، لابن القاسم في أحد قوليه واختار اللخمي المنع ولو رضوا فإن الحاكم يمنعهم للنهي عن إضاعة المال ولا يقسم الباب ولا المصراعان ولا الخفان ولا النعلان قاله في المدونة وعدد أشياء أخر، واختلف في الغرارتين على ثلاثة أقوال فقال ابن وهب: لا تقسم قياسًا على الخروج، وعكسه لأشهب وقيل: إن لم يكن في قسمتها فساد قسمت وإلا فلا قاله في المدونة وكلها ذكرها الباجي.

(وقسم القرعة لا يكون إلا في صنف واحد ولا يؤدي أحد الشركاء ثمنا وإن كان في ذلك تراجع لم يجز القسم إلا بتراض):

قال ابن حارث: اتفقوا على أن كل صنف من الثياب أو إذا احتمل القسم وحده فإنه يقسم ولا يجمع وإن لم يحتمل القسم ففي ذلك ثلاثة أقوال، قال ابن القاسم: يجمع البز والحرير والديباج والقطن والكتان صنف، والمزعفر صنف لا يجمع شيء إلى الآخر، وقال ابن عبدوس أنكر سحنون مذهب ابن القاسم وصوب قول أشهب فما جاز فيه واحد باثنين لأجل لم يجمع قلت وقول ابن القاسم أطلقه في المدونة مرة وقال في موضع آخر لم يحمل كل صنف منه القسم وحمل ذلك اللخمي وغيره على الخلاف واختلف في المعتبر في الدور فقيل المعتبر تقارب المواضع ولا يعتبر تساوي نفاقها قاله أشهب، وعكسه لابن القاسم في المجموعة.

وقال سحنون باشتراط التقارب وتساوي النفاق وكلها حكاها الباجي وجعل

غير واحد مذهب المدونة هو الثالث وجعل صاحب البيان أن مذهب المدونة هو الأول قال ويقوم منها قول آخر فأشار على ما تقدم عنها، *واختلف في دار سكنى لميت إذا حملت القسمة على ثلاثة أقوال: فقيل: القول قول من أراد فرادها قاله ابن حبيب ونحوه في المدونة، وقيل: هي كغيرها قاله أبو عمران وغيره وقيل: إن كان للميت شرف بها فالأول وإلا فالثاني.

(ووصي الوصي كالوصي):

وإن بعد وعارض المغربي قول المدونة هذا بقولها في القذف إن مات المقذوف ولا وارث له فأوصى بالقيام في قذفه فلوصيه القيام به ولو كان له وارث فإن الحق له وأجاب بأن قوله لا وارث له إنما هو السؤال فلا يعول عليه هذا الذي قلناه في القذف والصواب في الفرق بينهما إنما هو لما في القذف من العار فالعار الحاصل في أبي الوارث مثلاً كأنه متعلق به ولما كان نظر الوصي في تزويجه البكر خارجًا عن ذلك ناسب أن يقوم عليهم والله أعلم.

وفي بيع الخيار من المدونة ومن تزوج امرأة وشرطت عليه إن نكح أو تسرى فأمرها بيد أمها فماتت الأم، فإن أوصت بذلك إلى أحد فذلك له، فجعل لها أن توصي وهو خلاف قول رهونها إذا مات العدل، وبيده رهن فليس له أن يوصي قبل موته بوضعه في يد غيره وذلك إلى المتراهنين.

قال المغربي: والفرق أن العدل إنما جعل له الحفظ لا غير ولم يجعل له النظر وفي بيع الخيار وجعل للأم النظر فأشبهت الوصي، وقال شيخنا أبو مهدي أيده الله الصواب في الفرق بأن في صلة الأم لو لم يكن الأمر كما ذكر لسقط حق الزوجة بخلاف مسألة الرهن، فإن الحكم إلى المتراهنين فلم يسقط الحق وليس لمقدم القاضي أن يوصي قال ابن عبد السلام: هكذا قالوا والذي عندي أن أصول المذهب تقتضي تحريم خلاف فيه قلت: الأصل الذي أشار إليه والله أعلم هو اختلافهم في مقدم القاضي هل هو أولى بالإنكاح من الولي لأن القاضي أقامه مقام الأب.

وقد قال في المدونة: إنه كان كالوصي في جميع أموره وهو قول ابن حارث وابن لبابة وغيرهما والولي أولى لأنه مقدم على القاضي والمقدم على المقدم مقدم، قاله ابن حبيب وموسى بن أحمد الوتر وغيرهما حسبما ذكرنا ذلك في أوائل الأنكحة قال في المدونة: ولا وصية لجد.

وقال الشافعي: للجد في عدم الأب ما للأب من النظر ولما نقل ابن الحاجب أنه لا وصية للأم قال فيها: وتصح في اليسير كستين دينارًا فأشار إلى أن القياس لا تصح في اليسير

كالكثير وكذلك صرح به ابن القاسم في المدونة، وقال استحسنه مالك وليس بقياس.

(وللوصي أن يتجر بأموال اليتامى ويزوج إماءهم):

ظاهر كلامه يقتضي أنه مخير ولا يجبر عليه ببر أو بحر وهو كذلك رواه ابن وهب وقيده غير واحد بزمان الأمن واعلم أن عطاء ماله قراضًا من معنى التجر لأنه للولد فهو شيء مأذون فيه لا يعارض بقولهم لا يودع إلا من ضرورة واختلف هل يعمل هو به قراضًا أم لا؟ والقائل بمنعه هو أشهب، وفي رهون المدونة: ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه، قال اللخمي: ولا يسلف ماله لأنه معروف إلا أن يكون كثير التجر ويسلف اليسير مما يصلح وجهه للناس ولا بأس أن يتسلف له، والمذهب على أنه لا يشتري لنفسه من مال المحجور شيئًا، ولا يتخرج فيه الجواز من قول عبد الوهاب يجوز للوكيل احتياطًا لليتيم لعجزه عن الذب عن نفسه والله أعلم.

فإن وقع تعقبه الحاكم فإن رآه سدادا أمضاه وإلا فلا، واختلف هل يراعي يوم الشراء قاله ابن كنانة أو يوم الحكم قاله ابن الماجشون أو الأحوط على ثلاثة أقوال والثالث هو ظاهر المدونة في آخر كتاب الدور والأرضين في قوله: ولا أحب للوصي أن يشتري من مال يتيمه شيء أو يكري أرضًا له من نفسه فإن نزل أعيد ما اشترى إلى السوق فإن زيد عليه بيع وإلا لزم الوصي ما اشترى قال شيخنا أبو مهدي الغبريني أيده الله تعالى.

قلت: وعليه يحمل ما في الوصايا الأول من المدونة ونحوه في الإجارة في قوله: ينظر السلطان فإن كان فيه فضل كان لليتامى وإلا ترك واختلف المذهب إذا قبل الوصي الوصية ثم بدا له على ثلاثة أقوال: فقيل له ذلك مطلقًا، واسشكله بعض الشيوخ لأنه غر الموصي، إلا أن يقال التزم ما لا غاية له، وقيل لا رجوع له مطلقًا على ظاهر قول القاضي عبد الوهاب في معونته إذا قبل الوصي الوصية ثم أراد تركها لم يجز له ذلك إلا أن يعجز أو يظهر له عذر لأنه قربة وفعل خير ألزمه لنفسه كالصوم والحج.

قال ابن شاس وهو ظاهر قول شيخنا أبي القاسم قال غيره وهو ظاهر قول التونسي عن أشهب، وقيل له ذلك في حياة الموصي وليس له ذلك بعد مماته وهو قول أشهب وظاهر قول المدونة وهذا كله ما لم يقبل بعد الموت فإن قبل فلا كلام له عند الأكثر باتفاق وقال ابن الحاجب: لا رجوع بعد الموت والقبول على الأصح، قال ابن هارون: ولا نعلم فيه خلاف، وقال ابن عبد السلام قال بعضهم: ولا فرق بين قبوله بعد الموت أو قبله أن له الرجوع وقد أطرد تعليل أشهب بأن ما قبله في حياته له الرجوع عنه في حياته لأنه لم يغره قلت قال بعض شيوخنا وما ذكره لا أعرفه لغير أبي إبراهيم في قوله لا فرق بين رجوعه قبل ولا بعد لأنه لم يغره.

وفرق بين قبوله بعد الموت قيل لما ثبت بالفعل بخلاف قبوله في الحياة قال أصبغ: فالرجل يوكله السلطان بالنظر لليتيم فيقبل ذلك منه فليس له أن يعتزل عن ذلك السلطان أو لم يعزل إلا أن يزيله السلطان على وجه النظر فهو في غير لحسن نظره فرأى بعض الشيوخ أنه مخالف للمدونة، وقال ابن عبد السلام يحتمل أن يكون وفاقًا لأن السلطان مستدرك لما أخل به الوصي وأهمله فلما قبل الوصي من السلطان صار قبوله كأنه من الأب فلا رجوع له عنه قال: وهذا الكلام نبه عليه بعض الشيوخ في غير هذه المسألة وخالف فيه غير واحد لكنه مناسب هنا، قلت: المسألة التي أشار إليها هي مسألة الوتد السابقة ويقوم من قول أصبغ أن الرجل إذا التزم إمامة مسجد بتقديم القاضي فليس له أن يعزل نفسه لا أن يكون عرفا فإما بالإطلاق وإما بإرادة تبديله بغيره لكثرة مرتبه الثاني فله ذلك والعمل جرى عندنا بأن له ذلك مطلقًا فصار مدخولا عليه.

(ومن أوصى إلى غير مأمون فإنه يعزل):

ظاهره وإن علم الموصي بعيبه وهو كذلك عند سحنون، وهو ظاهر أول قسمة المدونة وإذا أسند مسلم وصيته إلى ذمي أو مسخوط لم يجز ذلك ولا يكون وصيا وهو ظاهر ما في وصاياها أيضًا، وقال المغيرة: لا يعزل ويقوم معه عدل وقال أصبغ ومطرف وابن الماجشون بالأول إلا أن يكون مثل القريب والمولى والزوجة، ومن يرى حسن النظر لقرابته أو لولايته وشبه ذلك فالثاني وقيل: إن لم يعلم الذي أوصاه بحاله فالأول وإلا فالثاني نقله ابن حارث، وظاهر كلام الشيخ أن المأمون الوصية إليه صحيحة وإن كان أعمى واعلم أنه يشترط في الوصية خمسة شروط ذكرها ابن شاس أن يكون مسلمًا، مكلفا، عدلا، ذا كفاءة، وذا هداية في التصرف.

وإن أوصى ذمي إلى مسلم، فقال في المدونة: إن لم تكن تركته خمرا أو خنازير ولم يخف أن يؤخذ بالجزية فلا بأس بذلك، واختلف في عكسها على ثلاثة أقوال: فقال ابن القاسم: كره مالك الوصية لليهودي والنصراني وكان قبل يجيزه وأنا أرى أنه لا بأس به إن كان على وجه الصلة مثل أن يكون أبوه يهوديا أو نصرانيا أو أخوه أو إخوته فليصلهم وأراه حسنا وأما غير هؤلاء فلا، وأما وصية الذمي للذمي فلا يمنعون منها وإن كان في الوصية خمر قاله ابن الماجشون وقال أشهب: ولو أوصى ذمي إلى حربي لم يجز وإن كان مستأمنا وإن أوصى الحربي المستأمن إلى ذمي جاز وتجوز وصية الحربي للمسلم.

(ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث)[1]:

---

(١) والأصل في هذا الباب أن رسول الله ﷺ كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص =

الأمر كما قال لأن الكفن مقدم على الدين ونص على ذلك من رواية ابن القاسم ووجهه أن الغرماء عاملوه على ذلك ألا ترى أنه إذا فلس لا يباع لباسه المعتاد ما عدا ثوبي جمعته إذا كانت لهما قيمة لأنهما في حقه سرف، وقال ابن كنانة: لا يترك للمفلس إلا ما يستر به عورته خاصة فيجري على قوله هذا لا يلزم الغرماء في الموت إلا ستر العورة خاصة والباقي على المسلمين من باب أحرى لخراب ذمته بالموت والله أعلم.

ولم يرتض شيخنا أبو مهدي رحمه الله ما ذكرنا من التخريج لقدرة المفلس على السعاية ويريد الشيخ أن مؤنة الدفن كالكفن مقدمة وخشونة كفنه ورقته على قدر حاله.

(ومن حاز دارًا على حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم لا يدعي شيء فلا قيام له):

=

ولا عمامة " وخرج أبو داود عن ليلى بنت قائف الثقفية قالت " كنت فيمت غسل أم كلثوم بنت رسول الله ﷺ فكان أول ما أعطاني رسول الله ﷺ الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر قالت: ورسول الله ﷺ جالس عند الباب معه أكفانها يناولناها ثوبًا ثوبًا " فمن العلماء من أخذ بظاهر هذين الأثرين فقال: يكفن الرجل في ثلاثة أثواب والمرأة في خمسة أثواب وبه قال الشافعي وأحمد وجماعة. وقال أبو حنيفة: أقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب والسنة خمسة أثواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة أثواب. ورأى مالك أنه لا حد في ذلك وأنه يجزئ ثوب واحد فيهما إلا أنه يستحب الوتر. وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الأثرين فمن فهم منهما الإباحة لم يقل بالتوقيت إلا أنه استحب الوتر لاتفاقهما في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكأنه فهم منهما الإباحة إلا في التوقيت فإنه فهم منه شرعًا لمناسبته للشرع ومن فهم من العدد أنه شرع الإباحة قال بالتوقيت إما على جهة الوجوب وإما على جهة الاستحباب وكله واسع إن شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد بنمرة فكانوا إذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه وإذا غطوا بها رجليه خرج رأسه فقال رسول الله ﷺ " غطوا بها رأسه واجعلوا على رجليه من الإذخر " واتفقوا على أن الميت يغطى رأسه ويطيب إلا المحرم إذا مات في إحرامه فإنهم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة: المحرم بمنزلة غير المحرم. وقال الشافعي: لا يغطى رأس المحرم إذا مات ولا يمس طيبا. وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص. فأما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال: " أتى النبي ﷺ برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال: كفنوه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيبًا فإنه يبعث يوم القيامة يلبي " وأما العموم فهو ما ورد من الأمر بالغسل مطلقًا فمن خص من الأموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكما على الجميع وقال: لا يغطى رأس المحرم ولا يمس طيبا. ومن ذهب مذهب الجمع لا مذهب الاستثناء والتخصيص قال: حديث الأعرابي خاص به لا يعدى إلى غيره. انظر بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (١/٣٢٧).

ما ذكر الشيخ أن الحوز مقداره عشر سنين قال به جميع أصحاب مالك وقيل: لا حد في ذلك والمرجع إلى العرف وهو قول مالك في المدونة قال فيها: ولم يحك مالك في الحيازة عشر سنين ولا غير ذلك، وقيل: تسع سنين قاله ابن القاسم في أحد قوليه، ويريد الشيخ ما لم يحدث فيها من هي بيده بناء أو هدما فإن أحدث فيها شيء من ذلك سقط قول المدعي إذا علم بنفس الفعل واختلف المذهب، هل يلزم الحائز الكشف من أين صارت له أم لا؟

فأفتى ابن أبي زمنين بأنه لا يلزمه قائلاً: لأنه يقول ملكتها بوجه لا يريد إظهاره وخالفه غيره والقولان ذكرهما عياض، واختار شيخنا أبو مهدي حفظه الله الأول قاله وبه القضاء واعلم أن الخلاف السابق إنما هو الحاضر وأما الغائب فلا حيازة عليه قاله في المدونة، وأطلق الكلام في هذا ولا شك أن الغيبة على قسمين تارة تكون بعيدة فالأمر كما ذكر وتارة تكون قريبة كأربعة أيام فإن ثبت عجزه وضعف عن الإتيان بذاته أو بالنيابة عنه بالتوكيل فكالأول وعكسه حكمه حكم الحاضر، وإن أشكل أمره فهل يسقط حقه أم لا؟ في ذلك قولان لابن حبيب وابن القاسم وهذا كله في غير حق الله، وأما حق الله تعالى فلا ينتفع فيه بالحيازة وإن طالت أحدث ضررا على المسلمين في طريقهم بإقطاع شيء منها.

وظاهر كلام الشيخ أن الحاضر محمول على عدم العلم حتى يتثبت وهو كذلك عند ابن سهل، كذا عزاه بعض من لقيناه وهو ظاهر التهذيب قال فيه كان هذا المدعي يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له.

وقيل إنه محمول على العلم حتى يثبت خلافه وهو قول ابن رشد رحمه الله.

وقيل بالأول إن كان وارثا وبالثاني إن لم يكن، قاله في وثائق المجموعة إنما هو التشبيه على فرع آخر متفق عليه، وهو إذا ادعى الوارث الجهل بملك موروثه الشيء المتنازع فيه فإنه يقبل قوله مع يمينه قاله المغربي.

وانظر إذا قال علمته ولم أجد ما أقوم به ووجدته الآن هل يعذر أم لا؟ قلت واختار شيخنا أبو مهدي حفظه الله أنه يقبل منه لأنه كالمعترف بأنه لا حق له مدع رفعه وقول المدونة في الذي يقول علمت العيب ونسبته مشكل قال الفاكهاني: واقتصر الشيخ على حيازة الرباع وأما الثياب فالسنة والحيوان والأمة السنتين إلا أن يطأ فتكون أم ولد قاله أصبغ.

(ولا حيازة بين الأقارب والأصهار في مثل هذه المدة):

يعني وإنما المعتبر في ذلك أكثر من عشر سنين كخمسين سنة، وبه قال مطرف

في كتاب ابن حبيب قال: لا حيازة بين الورثة فيما يزرع أو يسكن إلا في مثل خمسين سنة، وقيل إن الأقرباء كغيرهم قاله أشهب وابن وهب وهو ظاهر المدونة قال فيها قلت لابن القاسم، أرأيت لو أن دارًا لي ورثتها عن أبي وأقام ابن عمي بينة أنها دار جده وطلب موروثه قال هذا من وجه الحيازة التي أخبرتك، فإن قلت لأي شيء اختصرها البراذعي بلفظه سؤالا وجوابا، وقد قدمتم غير ما مرة أنه لا يفعل ذلك إلا لمعنى من المعاني فما هذا المعنى.

قلت استشكالا للحكم لما علم من الحنانة والشفقة التي بين الأقرباء فلا يكون حكمهم بحكم الأجانب على الظاهر بادئ الرأي فجعل حكمهم حكم الأجانب مشكل والله أعلم.

وقال بعض القرويين: إن كانت بين الأقرباء مشاحنة فهم كالأجانب يعتبر فيهم العشر سنين، وظاهر كلام الشيخ أن الولد كغيره من الأقارب وهو كذلك وروى أصبغ عن ابن القاسم ليس بين الولد وأبيه حيازة وإن طالت وما ذكر الشيخ من أن الصهر كالأقرباء وكذلك نص عليه سحنون في المدونة.

(ولا يجوز إقرار المريض لوارثه بدين أو بقبضه):

يعني بالمرض المخوف عليه، وإنما كان ذلك كما قال لأنه يتهم أن يكون كاذبا، والحامل كالصحيح حتى تدخل في الشهر السادس فهي كالمريض في أحكامه حكاه المتيطي وقيل حتى تدخل في السابع قاله في الموطأ به فسر عياض المذهب في كتاب الخيار.

ونقله المازري عن ابن الماجشون فقط وقيل هي كالصحيح حتى يأخذها الطلق نقله المتيطي عن الداودي وابن شهاب.

قلت: قال بعض من لقيناه ممن يظن به حفظ المذهب ينقل غير ما مرة عن السيوري أن حكمها حكم الصحيح وإن أخذها المطلق لأن الأعم الأغلب عدم موتها ولم أقف عليه له بل حكى بعضهم الإجماع على أنها حينئذ كالمريض.

قال المازري: فإن صح الإجماع فواضح وإلا فمقتضى النظر أنه لا يحكم لها بذلك لأنه لو كان الموت على هذا المرض غالبًا للزم أن لا تلد المرأة إلا مرة واحدة، والمعلوم خلافه وخارج المذهب قول عن المسيب هي بمنزلة المريض من أول حملها وهو بعيد، وظاهر كلام الشيخ أن إقرار أحد الزوجين لصاحبه في مرضه لا يجوز وهو كذلك إن علم الميل والمحبة له دون غيره وعكسه عكسه وإن أشكل الأمر ففيه تفصيل ذكره ابن رشد في المقدمات،ولولا الإطالة لذكرناه قال في البيوع الفاسدة من المدونة

وبيع المريض من ولده بغير محاباة جائز.

قال التونسي: إن حاباه بغير البيع كبيعه منه خيار ماله فلورثته نقض ذلك ولو زاد ثمنه على قيمته وإن حاباه في ثمنه فقط ولو أتم بقية الثمن ما كان ذلك له لأن البيع وقع على التأجيل وقيل إن أتم بقية المحاباة فلا قول للورثة.

(ومن أوصى بحج أنفذ عنه):

ما ذكر هو المشهور وقال ابن كنانة لا ينفذ لأنه عمل بدن وقول الشيخ أوصى يقتضي أن ذلك من الثلث وهو المذهب وقال الشافعي من رأس المال.

(والوصية بالصدقة أحب إلينا):

إنما كانت الوصية بالصدقة أحسن لأن الميت ينتفع بها باتفاق بخلاف الحج ففيه اختلاف وما يتفق عليه أولى ويقوم من كلام الشيخ أن الوصية بالمال أفضل من أن يوقف مالا برسم أن يقرأ عليه القرآن به لأنه مختلف بين أهل العلم وأنه للميت أم لا، ومذهب مالك أنه لا ينتفع به الميت، قال عبد الحق ولذلك لا تقرأ الفاتحة في صلاة الجنائز.

(وإذا مات أجير الحج قبل أن يصل فله بحساب ما سار ويرد ما بقي وما هلك بيده فهو منه إلا أن يأخذ المال على أن ينفق على البلاغ فالضمان من الذين واجروه ويرد ما فضل إن فضل شيء) [1]:

باب في الفرائض

خرج أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: **«العلم ثلاثة وما سوى ذلك باطل آية محكمة أو سنة ماضية أو فريضة عادلة»** [2] وأراد بقوله ماضية: قائمة، وكذلك رواه غيره، قال عبد الحق في إسناده عن عبد الرحمن الإفريقي قاضيها ضعفه.

قلت: قال المازري: في البخاري وما هو مقارب الحديث، وقال أبو عمر بن عبد البر ضعفه بعضهم، وأما أهل المغرب ومصر وإفريقية فيثنون عليه بالفضل والدين وروى عنه جماعة من الأئمة الثوري وغيره، وقال أبو سليمان الخاطبي رضي الله عنه: الآية المحكمة هي كتاب الله، واشترط فيه الإحكام لأن من الآي ما هو منسوخ ولا

---

(١) انظر: شرح الرسالة (ص٩٣٢).

(٢) رواه أبو داود (٣/١١٩)، وابن ماجه (١/٢١).

يعمل به وإنما يعمل بناسخه. والسنة القائمة هي الثابتة بما جاء عنه ﷺ.

وقوله أو فريضة عادلة يحتمل وجهين: **أحدهما**: أن تكون من العدل في نفسه فتكون معدلة على الأنصباء والسهام المذكورة في الكتاب والسنة.

والوجه الثاني: أن تكون مستنبطة من الكتاب والسنة.

وحض ﷺ على الفرائض بقوله «**تعلموا الفرائض وعلموها للناس فإنها تنسى وإنها أول ما يرفع**»(١).

قال الفاكهاني: وعلم الفرائض أجل العلوم خطرًا وأعظمها قدرا وأعظمها أجرًا وهي من العلوم القرآنية والصناعة الربانية وقد حض ﷺ على ذلك ورغب فيه.

(ولا يرث من الرجال إلا عشرة الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد للأب وإن علا والأخ وابن الأخ وإن بعد والعم وابن العم وإن بعد، والزوج ومولى النعمة):

ما ذكر الشيخ صحيح يريد بالجد الجد للأب، وابن الأخ إذا كان شقيقًا أو لأب وإن كان للأم فلا يرث شيء وصرح به الشيخ ببعد وكذلك العم وابن العم للأم لا يرث، وهذا قال الفاكهاني: ولو قال الأب وأبوه لكان أحسن ليخرج به الجد للأم، وكذلك لو قال والأخ العاصب لكان أحسن ليخرج ابن الأخ للأم وكذلك في العم، وقوله وولي النعمة إضافة مجازية لأن المنعم في الحقيقة هو الله سبحانه وتعالى، واعلم أن الذكور كلهم يرثون بالتعصب إلا الزوج والأخ وكلهم يرثون بالنسب إلا الزوج ومولى النعمة.

(ولا يرث من النساء غير سبع البنت وابنة الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة):

واعلم أن كلهن يرثن بالفرض إلا الأخت ترث مع البنت بالتعصيب ومولاة النعمة وكلهن يرثن بالنسب إلا ابن الزوجة ومولاة النعمة.

(وميراث الزوج من الزوجة إن لم تترك ولد ولا ولد ابن النصف فإن تركت ولدا أو ولد ابن منه أو من غيره فله الربع وترث هي منه الربع):

لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] ولا خلاف أن ابن الابن وإن سفل كالابن سواء كان الابن أو ابن الابن ذكر أو أنثى، واعلم أن أصحاب النصف خمسة بنت الصلب وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت

---

(١) رواه ابن ماجه (٢/٩٠٨).

للأب، والزوج مع عدم الولد أو ولد الولد.

(وترث هي منه الربع إن لم يكن له ولد ولا ولد ابن فإن كان له ولد أو ولد ابن منها أو من غيرها فلها الثمن): (١)

---

(١) في مواريث العصبة.

قلت: أرأيت كل من التقى هو وعصبته إلى جد جاهلي أيتوارثان في ذلك أم لا؟ قال: قال مالك: في كل بلاد افتتحت عنوة وكانت دارهم في الجاهلية ثم سكنها أهل الإسلام ثم أسلم أهل تلك الدار إنهم يتوارثون بأنسابهم التي كانت في الجاهلية وهم على أنسابهم التي كانوا عليها يريد بذلك كما كانت العرب حين أسلمت فأما كل قوم تحملوا فإن كان لهم عدد وكثرة فإنهم يتوارثون وكذلك الحصن يفتتح وما يشبه ذلك وإن كانوا قوما لا عدد لهم فلا يتوارثون بذلك إلا أن تقوم لهم بينة عادلة على ذلك مثل الأسارى من المسلمين يكونون عندهم فيخرجون فيشهدون لهم فإنهم يتوارثون بذلك.

قلت: أرأيت لو أن رجلاً هلك من العرب من قيس يعلم أنه من أنفسهم وليس له وارث ولا يعلم من عصبته من قيس دنية أو هو من سليم ولا يعلم من عصبته من سليم لمن يجعل ميراثه؟ قال: قال مالك: في هذه المسألة إنه لا يرث بهذا ولا يورث حتى يعلم من عصبته الذين يرثونه.

قلت: فإن كان عصبته الذين يرثونه إنما يلتقون معه إلى أب جاهلي بعد عشرة آباء أو عشرين أبا أيرثونه في قول مالك؟ قال: نعم إذا كان ذلك يعرف وكان هؤلاء عصبته الذين يلتقون معه إلى ذلك الأب قوم يحصون ويعرفون.

قلت: فإذا ورثت هذا الذي يلتقي مع هذا الميت إلى أب جاهلي فلم لا تورث سليمًا كلها من الميت وأنت قد علمت أن هذا الميت يلتقي هو وكل من ولد من ولد سليم إلى سليم؟ قال: لأن سليمًا لا تحصى فلمن تجعله منهم وكيف تقسمه بينهم أرأيت إن أتاك سليمي فقال: أعطني حقي من هذا المال كم تعطيه منه؟ فهذا لا يستقيم قال: قال مالك: ولا يورث أحد إلا بيقين والذي ذكرت لك من عصبة ذلك الرجل هم قوم يعرفون أو يعرف حق كل واحد منهم.

مالك عن الثقة عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب: أبى أن يورث أحدا من الأعاجم إلا أحدا ولد في العرب.

مخرمة بن بكير ويزيد بن عياض عن بكير بن عبد الله عن ابن المسيب عن عمر مثله.

يونس بن يزيد عن ابن شهاب عن عمر بن عبد العزيز عن عروة بن الزبير وعمرو بن عثمان وأبي بكر بن سليمان بن أبي حثمة وأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام مثله.

قال ابن شهاب: وإن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قضيا بذلك.

سليمان بن بلال ويحيى بن أيوب عن يحيى بن سعيد أنه قال: أدركت الصالحين يذكرون أن في السنة أن ولادة العجم ممن ولد في أرض الشرك ثم يحمل الآن يتوارثون.

محمد بن عمرو عن ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح مثل ذلك.

يونس بن يزيد عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه قال: أرى أن كل امرأة جاءت حاملا فإنه =

واعلم أن أصحاب الربع اثنان: الزوج مع الولد أو ولد الولد أو الزوجة والزوجات مع عدمه، وأصحاب الثمن صنف واحد الزوجة والزوجات مع وجود الولد أو ولد الولد.

(وميراث الأم من ابنها الثلث إن لم يترك ولدا أو ولد ابن أو اثنين من الإخوة ما كانوا فصاعدا):

اعلم أن أصحاب الثلث اثنان: الأم والإخوة للأم فترث الأم الثلث كما قال إن لم يكن ولدًا ولا ولد ابن ولا أخوان فأكثر ما كانا شقيقين أو لأب أو لأم سواء كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكر أو أنثى، وذهب ابن عباس إلى أن لها مع الأخوين الثلث ومع الثلاثة فأكثر السدس مستدلاً بقوله تعالى ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾ [النساء: ١١] وتابعه على قوله جماعة، وخلافهم في هذه المسألة يجري على الخلاف في أقل الجمع هل هو اثنان أو ثلاثة قاله ابن عبد السلام، وفيه نظر لأن عثمان يسلم له فهمه في الآية في أن الأخوين ليسا بإخوة، وإنما أشار به بالرد عليه ؛ لأن الإجماع أن الاثنين كالثلاثة.

ووافق ابن عباس في زوج وأم وأخ وأخت لأم أن للزوج النصف، وللأم السدس، ولكل واحد من الأخ والأخت وللأم السدس ولو كان للأم الثلث لعالت المسألة.

قال بعض الناس: والإجماع على أن هذه الفريضة لا تعول قال ابن عبد السلام بعد أن ذكر ما قلناه وفي الاحتجاج عليه بهذه المسألة نظر لاحتمال أن يقول فيها ابن عباس بسقوط الأخوين للأم على أصله في العول إذا أدى الأمر إليه، قلت: وهذا كما ترى ضعيف؛ لأن ابن عباس قد نقل عنه بأن الأخوين لكل واحد منهما السدس فكيف يتوهم أنهما يسقطان، ومرض الفاكهاني قول ابن عباس بأن اتفاق الجماعة ومعظمهم غير معاذ بن جبل رضي الله عنه على أن الثلاث أخوات يحجبن الأم من الثلث إلى السدس مع أنه لا يطلق عليهن إخوة، فقيل له إذا وقفت مع ظاهر اللفظ فينبغي أن تقول بقول معاذ بن جبل رضي الله عنه.

(إلا في فريضتين في زوجة وأبوين فللزوجة الربع وللأم الثلث ما بقي وما بقي للأب وفي زوج وأبوين فللزوج النصف وللأم الثلث ما بقي وما بقي للأب ولها في غير ذلك

=

وارث لها موروث لها وأرى أن كل من قذفه بها فهو مفتر وإن جاءت بغلام مفصول فادعت أنه ولدها فإنه غير ملحق بها في ميراث ولا مجلود من افترى عليه بأمه.

وقال ابن وهب عن مالك مثل رواية ابن القاسم عن مالك في أهل مدينة من أهل الحرب أسلموا فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون بذلك. انظر المدونة الكبرى لسحنون (٢/ ٥٩١).

الثلث إلا ما نقصها العول):

ما ذكر هو مذهب الجمهور وخالف ابن عباس في ذلك فأعطى للأم الثلث من رأس المال، وأعطى الزوج أو الزوجة كذلك النصف أو الربع وسبب الخلاف بينهم قوله تعالى ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [النساء: ١١] فابن عباس رأى الآية منطبقة على هذين اللفظين والجمهور حملوا الآية على ما إذا كان جميع ما خلف الميت الأبوين لا غيرهما بدليل قوله تعالى ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾ [النساء: ١١] ورأوا أن ما أخذه الزوج والزوجة كمستحق على التركة وكان التركة ما بقي بعد نصيب الزوجين قال ابن عبد السلام وهذا الأخير أشبه بمرادهم، وذهب ابن سيرين إلى قول الجمهور لأن نصيب الأم على مذهبهم ثلث ما بقي وهو السدس وذلك معهود في نصيب الأم مع ولد أو إخوة وفي زوجة وأبوين إلى قول ابن عباس لأن الواجب لها على مذهب الجمهور ثلث ما بقي وهو الربع، وذلك غير معهود في فرضها.

(إلا أن يكون للميت ولد أو لد ابن أو اثنان من الإخوة ما كانا فلها السدس حينئذ):

اعلم أن أصحاب السدس سبعة: الأب والأم والجد والجدة وبنت الابن مع بنت الصلب والأخت للأب مع الأخت الشقيقة والأخ الواحد من قبل الأم.

(وميراث الولد الذكر جميع المال إن كان وحده أو يأخذ ما بقي بعد سهام من معه من زوجة وأبوين أو جد أو جدة):

لا خلاف أن الابن إذا انفرد أنه يأخذ المال أجمع قال ابن عبد السلام: وكنت وقفت في كتاب ابن ثابت المؤلف في الفرائض على خلاف في الابن هل هو عاصب أم لا ولا أدري ما معنى ذلك الخلاف ولعله خلاف في التسمية.

قلت: قال بعض شيوخنا: ويرد بأن معناه واضح وقد ذكرناه في كتاب الولاء من قولنا وقال اللخمي: وميراث مولى المرأة لعصبتها وعقلها على قومها إن لم يكن لها ولد فإن كان لها ولد فقال مالك: ميراثهم لولدها وجريرتهم على قومها وقال ابن بكير النظر أن لا ميراث لولدها منه وهو قول عمر رضي الله عنه.

وقال عبد الوهاب: قيل: يحمل ولدها مع العاقلة لأن البنوة عاصبة بنفسها قال شيخنا فقول ابن بكير ظاهر في أن ولد المرأة ليس من العصبة والخلاف إذا معنوي لا لفظي فتأمله منصفا قال الفاكهاني: وإنما حاز الولد الذكر إذا انفرد المال أجمع لأربعة أوجه:

الأول: الإجماع على ذلك.

الثاني: أن الله تعالى لما نص على حيازة الأخ جميع المال إذا انفرد بقوله ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَآ ﴾ [النساء: ١٧٦] وهي في حال اجتماعها مع الذكر تأخذ نصف ما يأخذ فليكن للابن إذا انفرد مثلاً مالها وذلك في جميع المال قياسًا على حال الاجتماع.

الرابع: أن الابن أقوى تعصيبًا من كل العصبات بدليل أن سائرهم معه على ضربين إما أن يسقطوا جملة كالإخوة وإما أن يصيروا من أهل السهام كالأب.

(وابن الابن بمنزلة الابن إذا لم يكن ابن):

قال الفاكهاني: ليس هذا على عمومه وبيانه أن الابن لا يسقط بحال البتة وابن الابن يسقط في ثلاثة مسائل أحدها أبوان وابنتان وابن ابن وكذلك إن كان زوج أو زوجة فكان حقه أن يقول يريد غالبًا كما قلناه في منهاج الفرائض في علم الفرائض.

(فإن كان ابن وابنة فللذكر مثل حظ الأنثيين وكذلك في كثرة البنين والبنات وقلتهم يرثون كذلك جميع المال أو ما فضل منه بعد من شركهم من أهل السهام):

ما ذكر لا خلاف فيه، وقد اختلف في سبب نزول آية الوصية حسبما هو مذكور في محله.

(وابن الابن كالابن في عدمه فيما يرث ويحجب):

قد تقدم للشيخ ما يغني عن هذا وخالف مجاهد في الحجب يجعله لا يحجب الزوج ولا الزوجة مستدلاً بقوله تعالى ﴿ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ [النساء: ١١] وهذا ليس بولد. قال الفاكهاني: واختلف هل يطلق عليه ولد حقيقة أو مجازا والذي اختاره السهيلي حقيقة.

(وميراث البنت الواحدة النصف وللأنثتين فصاعدا الثلثان فإن كثرن لم يزدن على الثلثين شيئًا):

قد قدمنا أن أصحاب النصف خمسة إحداها: بنت الصلب وبنت الابن والأختان الشقيقتان والأختان للأب، والأصل فيما ذكر الشيخ قوله تعالى ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصۡفُ ﴾ [النساء: ١١]، ومعنى قوله تعالى ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ ﴾ [النساء: ١١] أي اثنتين فأعلى ومنه قوله تعالى ﴿ فَٱضۡرِبُواْ فَوۡقَ ٱلۡأَعۡنَاقِ ﴾ [الأنفال: ١٢].

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن للبنتين النصف قال بعض المحدثين وهي رواية ضعيفة والصحيح عنه مثل قول الجمهور ولما رواه الترمذي عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها من سعد

إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك وإن عمهما أخذ مالهما، ولا ينكحن إلا ولهم مال قال «**يقضي الله في ذلك**»[١] فنزلت آية المواريث فبعث رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال «**اعط ابنتي سعد الثلثين واعط أمهما الثمن وما بقي فهو لك**»[٢] قال هذا حديث حسن صحيح.

وقال أبو عمر بن عبد البر قد روي من أخبار العدل فذكر هذا الحديث وابن عقيل هذا وإن كان مختلف فيه ولكن هذان الإمامان قد ذكرا ما تقدم وإنما احتجا بالحديث المذكور لأن الآية ليست بنص في الذي ذكروا.

(فإن كانت ابنة وابنة ابن فللبنت النصف ولبنت الابن السدس تمام الثلثين):

ما ذكره هو مذهب الجمهور وقال ابن مسعود يكون الباقي للذكر وحده ووافقه على ذلك علقمة وأبو ثور واحتج أبو ثور بقوله ﷺ «**ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت السهام فلأولى عصبة ذكر**».

(وميراث الشقيقة النصف وللاثنتين فصاعدا الثلثان فإن كانوا إخوة وأخوات شقائق أو لأب فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين قلوا أو كثروا):

الأصل في ذلك قوله تعالى ﴿يَسْتَفْتُونَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] الآية.

(والأخوات مع البنات كالعصبة لهن يرثن ما فضل عنهن ولا يربي لهن معهن ولا ميراث للأخوات والإخوة مع الأب ولا مع الولد الذكر أو مع ولد الولد والإخوة للأب في عدم الشقائق كالشقائق ذكورهم وإناثهم فإن كانت أخت شقيقة وأخت أو أخوات لأب فالنصف للشقيقة ولمن بقي من الأخوات للأب السدس ولو كانتا شقيقتين لم يكن للأخوات للأب شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيأخذون ما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين):

فهذا تعقب على ابن الحاجب بقوله: ولا يكون التعصيب إلا في ذكر يدلي بنفسه أو بذكر وأجاب ابن عبد السلام بأنه إنما يلزم هذا إن عطف قوله أو بذكر على نفسه وهو محتمل أن يكون معطوفا على ذكر وهو الذي يكون بسبب ذكر فكأنه يقول لا يكون إلا في ذكر موصوف بكذا أو بسبب ذكر وهذا الذي يكون بسبب ذكر قد يكون في ذكر كالأخ، وقد يكون أنثى كالأخت مع البنت.

قلت: قال بعض شيوخنا فيما ذكره بعد لأنه قاصد لاختصار كلام ابن شاس

---

(١) رواه أبو داود (٣/١٢٠)، والترمذي (٤/٤١٤).

(٢) رواه الترمذي (٤/٤١٤).

وهو لا يقبل هذا الاحتمال لأن لفظه ويرث بالتعصيب كل ذكر يدلي بنفسه أو بذكر ويلزم على قوله في الاحتمال الذي ذكره أن تكون الباء في بنفسه للتعدية وفي بذكر للسببية ويلزم عليه أن تكون بنت الأخ عاصبة للبنت عملا بالسببية لقولهم حجة الأشقاء على الإخوة للأم في الحمارية بمشاركتهم إياهم في سبب إرثهم.

(وميراث الأخت للأم والأخ للأم سواء السدس لكل واحد وإن كثروا فالثلث بينهم الذكر والأنثى فيه سواء):

الأصل في ذلك قوله تعالى ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾ [النساء: ١٢] وأجمعوا على أن المراد بالأخ والأخت في هذه الآية من قبل الأم خاصة وعلى أن الشركة بينهم في ذلك سواء الأنثى كالذكر لقوله شركاء.

(ويحجبهم عن الميراث الولد وبنوه والأب والجد للأب والأخ يرث المال إذا انفرد إن كان شقيقًا أو لأب والشقيق يحجب الأخ للأب وإن كان أخ وأخت فأكثر شقائق أو لأب فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين):

يعني: عمودي النسب سفلي وعلوي.

(وإن كان مع الأخ ذو سهم بدئ بأهل السهام وكان له ما بقي وكذلك يكون ما بقي للإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين فإن لم يبق شيء فلا شيء لهم):

قيل: هذا لا يختص بالأخ بل كل عاصب كذلك حكمه.

(إلا أن يكون في أهل السهام إخوة لأم قد ورثوا الثلث وقد بقي أخ شقيق أو إخوة ذكور أو ذكور وإناث شقائق معهم فيشاركون كلهم الإخوة للأم في ثلثهم فيكون بينهم بالسواء وهي الفريضة التي تسمى المشتركة ولو كان من بقي إخوة لأب لم يشاركوا الإخوة للأم لخروجهم عن ولادة الأم وإن كان من بقي أختا أو أخوات لأبوين أو لأب أعيل لهن وإن كان من قبل الأم أخ واحد أو أخت لم تكن مشتركة وكان ما بقي للإخوة إن كانوا ذكورا وإناثا وإن كن إناث لأبوين أو لأب أعيل لهن والأخ للأب كالشقيق في عدم الشقيق إلا في المشتركة):

صورتها امرأة ماتت وتركت زوجا وأما أو جدة وأخوين لأم فصاعدا وأختا شقيقة وأخا شقيقًا وحده أو مع غيره يشتركون في الثلث الذكر والأنثى سواء وهذا قول مالك والشافعي وغيرهما، وقيل إن الأشقاء لا يشاركون الإخوة للأم، قاله أبو حنيفة وغيره.

واختلف رأي الصحابة رضوان الله عليهم حتى إن كل من تكلم فيها اختلف

قوله بهذين القولين ومال بعض من ألف في الفرائض عن مذهب مالك إلى مذهب أبي حنيفة وهو أبو عمر بن عبد البر رضي الله عنه وتسمى هذه المسألة بالحمارية لأنها رفعت إلى عمر رضي الله عنه فأراد أن يحكم فيها بإسقاط الإخوة الأشقاء فقال واحد منهم: هب أبانا حمارا أليست أمنا واحدة، فحكم بالثلث لجميعهم بالسواء قال ابن خروف فإن كان مع ذلك جد فلا نص فيها ومذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه أن للزوج النصف وللأم أو الجدة السدس أو للجد السدس وللإخوة الأشقاء كذلك، واختلف أصحاب مالك فيها فمنهم من قال بما تقدم عن زيد ومنهم من جعل الثلث كله للجد.

وأما الفريضة المسماة بالمالكية وهي زوج وأم وجد وأخ لأب وأخ لأم قيل: للأخ السدس قاله ابن خروف وهو اختيار ابن يونس وظاهر نقل ابن شعبان في زاهيه عن ابن وهب، وذكره ابن العربي عن مالك في غاية الوصية من أحكامه، وقال بعض شيوخنا: لا أعرفه لغيره ولم يذكره في قبسه ولا عارضته، وقيل: يسقط الأخ والثلث أجمع للجد نقله الباجي عن مالك، وقال ابن خروف: سميت مالكية لأن مالكًا خالف فيها زيد بن ثابت زاد غيره مع شدة اتباعه لزيد في الفرائض.

قال ابن رشد: سميت بذلك لقول مالك فيها وصحة اعتبار فيها وظاهر كلامه أن مالكًا لم يختلف قوله فيها وهذه المسألة منهم من فرعها على المشتركة كالحوفي وأبي النجار ومنهم من فرعها على الأكدرية كابن شاس وابن الحاجب.

(وابن الأخ كالأخ في عدم الأخ كان شقيقًا أو لأب ولا يرث ابن الأخ للأم، والأخ لأبوين يحجب الأخ للأب، والأخ للأب أولى من ابن أخ شقيق وابن أخ شقيق أولى من ابن أخ لأب، وابن أخ لأب يحجب عما لأبوين وعم لأبوين يحجب عما لأب، وعم لأب يحجب ابن عم لأبوين، وابن عم لأبوين يحجب ابن عم لأب، وهكذا يكون الأقرب أولى ولا يرث بنو الأخوات ما كن ولا بنوا البنات ولا بنات الأخ ما كان ولا بنات العم ولا جد لأم ولا عم أخو أبيك لأمه):

قال الفاكهاني: يريد في التعصيب خاصة لأنه لا يتنزل منزلته من كل وجه لأن ابن الأخ لا يعصب أخته ولا يحجب الأم اثنان من بني الإخوة وأن الجد يحجب ابن الأخ وأنه إذا كان في التركة مكان أبيه لم تكن مشتركة وابن الأخ للأم لا يرث.

(ولا يرث عبد ولا من فيه بقية رق):

اختلف العلماء في الذي بعضه حر فقال مالك كما قال الشيخ: هو كالقن لا يرث ولا

يورث، وماله لمن يملك الرق منه، وبه قال أبو حنيفة والزهري وقالت طائفة: يرث المعتق بعضه ويورث وقيل ميراثه بين من يملك بعضه وبين من كان يرثه لو كان حرًّا قاله عطاء وعمرو بن دينار وإياس بن معاوية وغيرهم قال بعض التابعين ميراثه كله للذي أعتق بعضه وتقدم الخلاف في المكاتب إذا مات من يرثه على أربعة أقوال.

(ولا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم):

ما ذكر هو مذهبنا وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهم وكان معاذ ومعاوية يورثان المسلم من الكافر وروي مثله عن ابن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسن، وغيرهما وحجتنا ما في الصحيح عن أسامة بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا توارث بين ملتين**»[1] وعنه ﷺ قال: «**لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم**»[2] فهذا الرد من جهة النقل، ومن جهة المعنى أن الكافر قطع بينه وبين الله تعالى، فيقطع ما بينه وبين أوليائه وهم المؤمنون قال الله سبحانه ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠] ولا إخوة مسلم وكافر أيضًا فإن الكافر أبيح دمه للمؤمنين والمال تبع للنفس فلما استبيح دمه لجميع المسلمين، فكذلك ماله لبيت مالهم وليس بعضهم أولى من بعض لأنهم قدموا على من سواهم قاله السهيلي.

قال ابن عبد البر: واحتج الآخرون بحديث ليس بالقوي واختلف المذهب فيمن يظهر الإسلام ثم يطلع على زندقته فقتل بها أو مات، فروى ابن القاسم: يرثه ورثته المسلمون، وروى ابن نافع: كالمرتد وعليه الأكثرون، وقال ابن عبد السلام وهو الأظهر لأن المقتضى حقيقة لقتله إنما هو كفره فيدخل تحت حكم المرتد والله أعلم.

(ولا ابن الأخ للأم ولا جد لأم ولا أم أبي الأم):

قال الفاكهاني: حقه أن يكون مع ما تقدم وهو ساقط من بعض النسخ.

(ولا ترث أم أبي الأب مع ولدها أبي الميت):

هو قولنا وقول أكثر العلماء وحكي عن ابن مسعود وغيره أنها ترث مع الأب السدس.

(ولا يرث إخوة الأم مع الجد للأب ولا مع الولد ولد الولد ذكرا كان الولد أو أنثى ولا ميراث للإخوة مع الأب ما كانوا ولا يرث مع الجد ولا ابن الأخ مع الجد):

هذا منه رحمه الله تكرار إذ سبق له ذلك ولعله إنما كرره لزيادة قوله ذكرا كان

---

(١) ذكره سحنون في المدونة (٥/٤٤٩).

(٢) رواه البخاري (٦/٢٤٨٤)، ومسلم (٣/١٢٣٣).

أو أنثى والله أعلم.

(ولا يرث قاتل العمد من مال ولا دية ولا يرث قاتل الخطأ من الدية ويرث من المال):

قيل الإجماع أن قاتل العمد لا يرث من مال ولا دية وإنما اختلف العلماء هل يحجب ومذهبنا أنه لا يحجب وقبله ابن عبد السلام وفي هذا الإجماع نظر لأن ابن المسيب وسعيد بن جبير ونفرا من البصريين ذهبوا إلى أنه يرث مطلقًا أعني العمد والخطأ وذهب الشافعي إلى عكسه نقل ذلك الفاكهاني رحمه الله.

وأراد الشيخ بالعمد العدوان وأما إن كان القتل عمدًا غير عدوان كما إذا قتل القاضي ولده قصاصًا فهذا يرث بلا خلاف في المذهب وفي مذهب الشافعي ثلاثة أقوال: أحدها: ما تقدم.

والثاني: المنع لعموم الحديث.

الثالث: إن ثبت قتله بإقراره فإنه يرث إذ لا تهمة بخلاف البينة فربما تطرق تهمته إلى القاضي فيه.

قال الفاكهاني: وهل يرث المقتول من قاتله يعني إذا جرح موروثه ثم مات قبل المجروح لم أقف فيه نقل لأصحابنا وفي روضة النووي أنه يرث قلت: قد قدمناه في التكلم على منفوذ المقاتل وأن ابن يونس صوب قول المدونة أن منفوذ المقاتل لا تعمل فيه الزكاة قائلاً: لأنه ميتة ألا ترى أن الإنسان لو أصيب بذلك لورث وإن لم تزهق نفسه وإن مات له ابن حينئذ لم يرث منه لأن الابن قد ورث منه.

وذكر اللخمي هذا عن ابن القاسم إذا ذبح الأب قال وإن انفذت مقاتله ولم يذبح ورث هو ابنه ومثله حكى التونسي عن ابن القاسم أيضًا.

ومن موانع الإرث اللعان والإرث ثابت بين الابن وبين أمه، والتوأمان شقيقان واستشكله بعضهم لانقطاع النسب وإذا لا جد بينهما ولا عم ولا اشتراك بينهما من جهة الأب شرعًا.

وأما توأما الزنا فإنهما إخوة لأم وشذ ابن نافع في قوله شقيقان حكاه ابن رشد وفي توأمي المغتصبة خلاف فقيل بالأول وبه العمل وقيل بالثاني قاله المغيرة وابن دينار وضعفه وكذلك اختلف في توأمي المسبية والمستأمنة على قولين.

(وكل من لا يرث بحال فلا يحجب وارثا):

احترز بقوله بحال من الإخوة للأم فإنهم يحجبون الأم من الثلث إلى السدس وإن لم يرثوا لوجود الجد مثلاً وكذلك لو كان أبوان وإخوة وكذلك الإخوة للأب في

مسائل المعادة كأخ شقيق وأخ لأب وجد فإن الشقيق بعد على الجد الأخ للأب فيقتسمون المال ثلاثًا ثم يرجع الشقيق على الأخ للأب فيأخذ ما بيده فقد حجب الأخ للأب الجد من النصف إلى الثلث ولم يرث شيئًا.

(والمطلقة ثلاثًا في المرض ترث زوجها إن مات من مرضه ذلك ولا يرثها وكذلك إن كان الطلاق واحدة وقد مات في مرضه ذلك بعد العدة):

الأصل في إرث من طلقها زوجها وهو مريض قضاء عثمان في امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما واختلف إذا عقد اليمين في الصحة ووقع الحنث في المرض كما إذا حلف لزوجته لا دخلت الدار فدخلت فقيل إنها ترثه قاله في الأيمان بالطلاق والتخيير والتمليك من المدونة ومثله في العتق الأول منها أيضًا وهو المشهور وروى زياد بن جعفر عن مالك أنها لا ترث حكاه الباجي.

قال ابن عبد السلام: وما رواه زياد هو صحيح عندي لانتفاء التهمة فيه من كل الوجوه، ألا ترى أن اليمين صدرت من الزوج في الصحة والحنث وقع منها قلت: ورده شيخنا أبو مهدي عيسى حفظه الله بأن عدم الإرث هو للظنة فلا يضر تخلفها في بعض الصور بدليل أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه لا يتوهم متوهم عليه أنه أراد إخراج الزوجة من الميراث ومع هذا فقد حكم عثمان بإرثها اعتبار التهمة الأكثر قال أبو الحسن فعلى هذا القول لا ترثه إذا خالعها في مرضه لأنه أبين في البراءة من التهمة لأنه باختيارها وجعل ابن شاس وابن الحاجب التلاعن في المرض من ذلك وأبعده بعض شيوخنا لأنها فيه غير مختارة لخوف حدها يومئذ ولعانه إلا أن يرد باقيه خلافًا أيضًا نصًا. واختلف إذا طلق ذمية أو أمة فأسلمت وعتقت بعد العدة وقبل موته فقيل: إنها ترثه قاله ابن المواز وقيل: لا ترثه قاله ابن الماجشون.

(وإن طلق الصحيح امرأته طلقة واحدة فإنهما يتوارثان ما كانت في العدة فإن انقضت فلا ميراث بينهما بعدها ومن تزوج امرأة في مرضه لم ترثه ولا يرثها):

يعني وتكون الطلقة غير فداء ولا خلاف أن التوارث بينهما وكذلك بقية أحكام الزوجية ثابتة بينهما من لزوم الطلاق والظهار والنفقة إلى غير ذلك وبهذا وجه ابن بشير قول ابن الماجشون فإن المطلقة طلاقًا رجعيًا يجوز وطؤها في العدة، ورده بعض شيوخنا بدليل أن الحائض والمعتكفة لا توطأ مع أن أحكام الزوجية ثابتة بينهما والمشهور أن المطلقة طلاقًا رجعيًا لا توطأ.

(وترث الجدة للأم السدس وكذلك التي للأب فإن اجتمعتا فالسدس بينهما إلا أن تكون التي للأم أقرب بدرجة فتكون أولى به لأنها التي فيها النص وإن كانت التي للأب

أقربهما فالسدس بينهما نصفين ولا يرث عند مالك أكثر من جدتين أم الأب وأم الأم وأمهاتهما ويذكر عن زيد بن ثابت أنه ورث ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنتين من قبل الأب أم أم الأب وأم أبي الأب ولم يحفظ عن الخلفاء توريث أكثر من جدتين):

ما ذكر هو مذهبنا وروي عن ابن عباس أن الجدة في عدم الأم كالأم يكون لها الثلث حيث يكون للأم والأصل في ميراث الجدة هو أن الجدة للأم جاءت إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله شيء ولا علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئًا فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك؟ فقال محمد بن مسلمة فأنفذه لها أبو بكر ثم جاءت الأخرى إلى عمر رضي الله عنه تسأله ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به أبو بكر إلا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض ولكن هو ذلك السدس فإن اجتمعتما فالسدس بينكما وأيكما خلت به فهو لها، قال بعض الشيوخ وهذا الحديث وإن كان غير متصل السند إلا أنه مشهور.

(وميراث الجد إذا انفرد ورث المال وله مع الولد الذكر أو مع ولد الولد الذكر فالسدس فإن شركه أحد من أهل السهام غير الإخوة والأخوات فليقض له بالسدس فإن بقي شيء من المال كان له):

قال الفاكهاني: اعلم أن الجد ليس له ذكر صريح في القرآن ولم أعلم فيه حديثا في الصحيح ولا في الحسن المتواتر وإنما ورث بإجماع الصحابة عليه فمن بعدهم وقد قال الفرضيون الذين يرثون بالإجماع ثلاثة أصناف: الجد وبنو البنين والأعمام وبنوهم.

(فإن كان مع أهل السهام إخوة فالجد مخير في ثلاثة أوجه يأخذ أي ذلك أفضل له إما مقاسمة الإخوة أو السدس من رأس المال أو ثلث ما بقي فأما إن لم يكن معه غير الإخوة فهو يقاسم أخا وأخوين أو عدلهما أربع أخوات فإن زادوا فله الثلث فهو يرث الثلث مع الإخوة إلا أن تكون المقاسمة أفضل له والإخوة للأب معه في عدم الشقائق كالشقائق فإن اجتمعوا عادة الشقائق بالذين للأب فمنعوه بهم كثرة الميراث ثم كانوا أحق منهم بذلك إلا أن يكون مع الجد أخت شقيقة ولها أخ لأب أو أخت لأب أو أخ وأخت للأب فتأخذ نصفها مما حصل وتسلم ما بقي إليهم ولا يربى للأخوات مع الجد إلا في الغراء وحدها وسنذكرها بعد هذا):

اختلف العلماء في الجد هل يحجب الإخوة أم لا؟ فقيل لا يحجبهم قاله مالك

وهو قول عمر وعلي وعثمان وغيرهم رضي الله عنهم وروي عن أبي بكر وابن عباس وابن الزبير وأبي موسى أن الجد يحجب الإخوة كالأب وبه قال أبو حنيفة وغيره.

وقد جمع عمر رضي الله عنه على هذه المسألة الصحابة في بيته ليتفقهوا في هذه القضية فانكسرت جائزة من البيت فتفرقوا وقيل الشعبي تسمع مسألة من الفرائض فقال هاتها إن لم يكن فيها جد قال ابن عبد السلام والنفس أركن إلى المذهب الثاني وبيان ذلك في علم الخلاف.

(ويرث المولى الأعلى إذا انفرد جميع المال كان رجلاً أو امرأة فإن كان معه أهل سهم كان للمولى ما بقي بعد أهل السهام ولا يرث المولى مع العصبة وهو أحق من ذوي الأرحام الذين لا سهم لهم في كتاب الله):

روى أبو يعلى الموصلي ثم ابن حبان في صحيحه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «**الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب**» وحكمه كعصوبة النسب إلا أن ابن الأخ يحجب الجد وابن العم أبا الجد.

(ولا يرث من ذوي الأرحام إلا من له سهم في كتاب الله):

ما ذكر هو مذهب الجمهور واحتج به من ذهب إلى توريثهم بقوله تعالى: ﴿ وَأُولُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾ [الأنفال: ٧٥] قالوا والآية على عمومها وبقوله تعالى ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ [النساء: ٧] قالوا وذوو الأرحام من الأقربين ويدرجون تحت النص وغاية ما في الباب إن قدر ذلك النصيب غير مذكور في الآية فقد ثبت استحقاقهم للنصيب وأما القدر فيستفاد من دليل آخر وأجيب عن ذلك بما هو معلوم في المطولات.

(ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو جره من أعتقن إليهن بولادة أو عتق):

ولو ذكر الشيخ هذه المسألة قبل الأولى لكان أنسق للترتيب وما ذكر الشيخ ذكره سحنون وأن إجماع المسلمين عليه قاله أجمع المسلمون أن النساء لا يرثن شيء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو ولد من أعتقن وإن سفل من ولد الذكر خاصة كان ذلك الولد ذكر أو أنثى.

(وإذا اجتمع من له سهم معلوم في كتاب الله فكان ذلك أكثر من المال أدخل عليهم كلهم الضرر وقسمت الفريضة على مبلغ سهامهم):

اعلم أن العول أول ما نزل بعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال للصحابة: فرض الله للزوج النصف وللأختين الثلث فإن بدأت بالزوج لم يبق للأختين حقهما

وإن بدأت بالأختين لم يبق للزوج حقه فأشيروا علي فقال ابن عباس ﷺ: عوله إلى سبعة أجزاء؟ فادفع ثلاثة منها للزوج وأربعة للأختين قال: أرأيت لو مات رجل وترك ستة دراهم ولرجل عليه ثلاثة ولآخر أربعة كيف تصنع أليس تجعل المال سبعة أجزاء فقال نعم فقال العباس هو كذلك وأجمع الصحابة عليه إلا عبد الله بن عباس وكان في ذلك الوقت صغير فلما كبر أظهر الخلاف.

(ولا يعال للأخت مع الجد إلا في الغراء وحدها وهي امرأة تركت زوجها، وأمها وأختها لأبوين أو لأب وجدها فللزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس فلما فرغ المال أعيل للأخت بالنصف ثلاثة ثم جمع إليها سهم الجد فقسم جميع ذلك بينهما على الثلث لها والثلثين له فتبلغ سبعة وعشرين سهما):

ما ذكر الشيخ من تصورهما هو كذلك ومثله عن زيد بن ثابت وعنه تصح من ستة وتسقط الأخت، وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه تصح من تسعة ويأخذ كل واحد ما بيده ولا يجتمع نصيب الجد مع نصيب الإخوة وعن ابن مسعود تصح من ثمانية للأم السدس سهم.

وما ذكر أنها تسمى الغراء وبذلك سماها مالك فقيل: لأنها من غرة الفرس إذ لا يعرف في مذهب مسألة يفرض فيها للأخت مع الجد إلا هذه فكانت شهرتها في مسائل الجد وبيانها كغرة الفرس وقيل: من الغرور لأن الجد غر الأخت بسكوته عنها حتى فرض لها النصف ثم عاد عليها فقاسمها وتسمى هذه الأكدرية أيضًا.

واختلف لأي شيء سميت بذلك فقيل: لتكدر قول زيد فيها قالوا لأنه فرض للأخت مع الجد ولم يكن قبل ذلك يفرض لها معه، قال الفاكهاني: هذا القول ساقط عندي فلو كان المعنى على ذلك لقيل: مكدرة لأن اسم الفاعل من كدر مكر إجماعا وقيل: إن رجلاً فرضيا أتى بها يقال له الأكدر وقيل من بني الأكدر فسأل عنها عبد الملك بن مروان وهو يومئذ خليفة فأخطأ فيها ثم استدرك خطأه فقال له إليك عني يا أكدري وقيل: إن عبد الملك سأله عنها فغلط فنسبها إليه.

باب جمل من الفرائض ومن السنن الواجبة والرغائب

سئل أبو محمد رضي الله عنه عن وضعه لهذا الباب وما قصد به مع أن فيه كثيرًا من المكروه وهو مناف لشرط اختصاره فقال: لما رأيت الناس زهدوا في العلم ورغبوا عن تعليمه وقد أمرنا بنشر العلم بحسب الإمكان قصدت إلى تجديد عيون ما تقدم، إذ الواجب على كل مكلف أن يحفظ عين ما كلف به ويعمل على الجزم فيما خوطب به

وقد كان رسول الله ﷺ يسلك بأصحابه سبيلا فإذا رأى منهم مللا سلك بهم مسلكًا آخر تنشيطًا لهم وإذهابًا للكسل قلت وها أنا أسلك مسلك الشيخ رحمه الله تعالى.

(والوضوء[1]) للصلاة فريضة وهو مشتق من الوضاءة إلا المضمضة والاستنشاق

---

(١) ما جاء في الوضوء قال سحنون: قلت لعبد الرحمن بن القاسم: أرأيت الوضوء أكان مالك يوقت فيه واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا؟ قال: لا إلا ما أسبغ ولم يكن مالك يوقت وقد اختلفت الآثار في التوقيت قال ابن القاسم: لم يكن مالك يوقت في الوضوء مرة ولا مرتين ولا ثلاثًا وقال: إنما قال الله تبارك وتعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ وَأَرۡجُلَكُمۡ إِلَى ٱلۡكَعۡبَيۡنِۚ ﴾ (المائدة: ٦) فلم يوقت تبارك وتعالى واحدة من ثلاث قال ابن القاسم: ما رأيت عند مالك في الغسل والوضوء توقيتا لا واحدة ولا اثنتين ولا ثلاثًا ولكنه كان يقول: يتوضأ أو يغتسل ويسبغهما جميعا قال ابن وهب عن مالك بن أنس عن عمرو بن يحيى بن عمارة بن أبي حسن المازني عن أبيه يحيى أنه سمع جده أبا حسن يسأل عبد الله بن زيد بن عاصم وكان من أصحاب رسول الله ﷺ وهو جد عمرو بن يحيى: هل تستطيع أن تريني كيف كان رسول الله صلى الله عليه يتوضأ؟ قال عبد الله: نعم قال: فدعا عبد الله بوضوء فأفرغ على يديه فغسل يديه مرتين مرتين ثم تمضمض واستنثر ثلاثًا ثم غسل وجهه ثلاثًا ثم غسل يديه إلى المرفقين مرتين مرتين ثم مسح رأسه بيديه فأقبل وأدبر بهما بدأ من مقدم رأسه حتى ذهب بهما إلى قفاه ثم ردهما حتى رجع بهما إلى المكان الذي منه بدأ ثم غسل رجليه قال مالك: وعبد العزيز بن أبي سلمة أحسن ما سمعنا في ذلك وأعمه عندنا في مسح الرأس هذا قال سحنون: وذكر ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب أن عطاء بن يزيد الليثي أخبره أن حمران مولى عثمان بن عفان أخبره أن عثمان بن عفان دعا يومًا بوضوء فتوضأ فغسل كفيه ثلاث مرات ثم تمضمض واستنثر ثلاث مرات ثم غسل وجهه ثلاث مرات ثم غسل يده اليمنى إلى المرفق ثلاث مرات ثم غسل يده اليسرى أيضًا إلى المرفق ثلاث مرات ثم مسح رأسه وأذنيه ثم غسل رجله اليمنى إلى الكعب ثلاث مرات ثم غسل رجله اليسرى إلى الكعب ثلاث مرات وأخبرنا أن رسول الله ﷺ توضأ نحو وضوئي هذا ثم قال رسول الله ﷺ: [من توضأ نحو وضوئي هذا ثم قام فركع ركعتين لا يحدث فيهما نفسه غفر له ما تقدم من ذنبه] قال ابن وهب عن ابن شهاب وكان علماؤنا بالمدينة يقولون: هذا الوضوء أسبغ ما توضأ به أحد للصلاة قال سحنون عن علي بن زياد عن سفيان الثوري عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن ابن عباس أنه قال: ألا أخبركم بوضوء رسول الله ﷺ قال: فدعا بماء فأراهم مرة مرة فجعل في يده اليمنى ثم صب بها على يده اليسرى فتوضأ مرة مرة حدثنا وكيع عن علي عن سفيان عن عبد الله بن جابر أنه بلغه عن إبراهيم النخعي قال: حدثني من رأى عمر بن الخطاب يتوضأ مرتين مرتين قال سحنون عن وكيع عن سفيان عن عبد الله بن جابر قال: سألت الحسن البصري عن الوضوء فقال: يجزيك مرة أو مرتان أو ثلاث قال وكيع عن سفيان عن جابر بن يزيد الجعفي عن الشعبي قال: يجزيك مرة إذا أسبغت قال سحنون عن ابن وهب أن رسول الله تمضمض واستنثر من غرفة واحدة. انظر =

ومسح الأذنين منه فإن ذلك سنة):

ظاهره سواء كانت الصلاة فرضًا أو نفلاً وهو كذلك من غير خلاف أعلمه وإن كان وقع في كلام بعضهم خلاف فيجب تأويله، وقدمنا أن حكم المضمضة والاستنشاق السنة في مشهور المذهب وقيل إن ذلك فضيلة حكاه ابن بشير في شرحه على ابن الحاجب ووقفت عليه الآن للمازري أيضًا في شرحه على التلقين ومسح الأذنين حكمهما السنة وقيل فرض، وهذا الخلاف في الظاهر وأما في الباطن فهو سنة اتفاقًا، واختلف في الظاهر والباطن، وفي كلام الشيخ مسامحة لأنه لم يف بذكر السنن لأنه ترك غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء إلى غير ذلك.

(والسواك مستحب مرغب فيه):

ما ذكره هو المعروف واختار بعض شيوخنا أنه سنة لمداومته ﷺ على ذلك وأمره به وقال أحمد بن حنبل وغيره: هو واجب وقال الفخر في المعالم: أجمعوا على أنه مندوب إليه، واعترضه ابن هارون بقول أحمد وغيره وأراد بالغير إسحاق بن راهويه، وداود الطائي إلا أن إسحاق أبطل صلاته بتركه عمدًا، وداود مطلقًا على ظاهر ما نقل عنه، ويكون بغير الإصبع إلا أن لا يجد شيء يستاك به. وظاهر كلام الشيخ فيما سبق به أنه جائز أو هو أرجح من غيره حيث قال: وإن استاك بإصبعه فحسن.

(والمسح على الخفين رخصة وتخفيف):

ما نقله عليه الأكثر وقيل: سنة وقيل: فرض وهذه الأقوال الثلاثة حكاها ابن الطلاع قائلاً: إن نفس المسح فرض والانتقال إلى المسح رخصة ويرد عليه أن كلامه يقتضي أنه رابع وليس كذلك بل من عبر بالفريضة إنما أراد ما قال، وكذلك من قال بالرخصة والسنة فيحتمل أنه لا خلاف أنه ينوي الفريضة والخلاف في حكمه ابتداء هل هو رخصة أوسنة فعلى أنه رخصة قد يقال إن الأولى ترك ذلك وعلى أنه سنة يكون راجح الفعل وعلى كل منهما ينوي الفريضة قولاً واحدًا والله أعلم.

(والغسل من الجنابة ودم الحيض والنفاس فريضة):

يدخل في الجنابة مغيب الحشفة، وقد قدمنا أنه اختلف في دم الاستحاضة إذا انقطع على ثلاثة أقوال: السقوط والاستحباب وكلاهما في المدونة والوجوب نقل مالك حكاها ابن الحاجب قال ابن بشير فيها قولان.

=

المدونة الكبرى لسحنون (١/ ١١٣).

(وغسل الجمعة سنة):

ما ذكر هو المشهور وقيل: إنه مستحب وقيل: إنه واجب أخذا من قول المدونة وغسل الجمعة واجب واعترض بأنه في المدونة لفظ أثر وأوجب اللخمي الغسل على أصحاب الروائح الكريهة لئلا يؤذوا غيرهم والمشهور أنه يشترط اتصال الرواح ووقع لابن وهب ما يقتضي أنه لا يشترط.

(وغسل العيدين مستحب):

ما ذكر هو قول الأكثر وقيل إنه سنة واختار اللخمي فيه كما سبق ويتخرج الوجوب فيه من باب أحرى من غسل الجمعة.

(والغسل على من أسلم فريضة لأنه جنب):

ظاهر كلام الشيخ يقتضي إذا لم تسبق منه جنابة أنه لا يجب عليه الغسل وهو كذلك على المشهور وقيل إن الغسل عبادة فيغتسل وإن لم تسبق منه جنابة، وقال القاضي إسماعيل يستحب له وإن كان جنبًا لقوله ﷺ «**الإسلام يجب ما قبله**» وألزمه اللخمي الوضوء ونقل عنه المازري أنه قال لا يلزمه الوضوء لأن الله تعالى أمر كل قائم إلى الصلاة بالوضوء فقال ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ ﴾ [المائدة: ٦] وهذا إنما يتمشى على أن وضوء التجديد فرض أما أنه فضيلة فلا.

(وغسل الميت سنة والصلوات الخمس فريضة):

ما ذكره هو أحد القولين في غسل الميت وقيل: أنه فرض قاله عبد الوهاب وابن محرز وابن عبد البر وزعم ابن بزيزة أن المشهور هو الأول.

(وتكبيرة الإحرام فريضة وباقي التكبير سنة):

قد تقدم أن المازري قال في شرحه على الجوزقي كان عبد الحميد الصائغ يحكي في تكبيرة الإحرام سنة، وحكى ابن رشد قولاً إن جميع التكبير سنة واحدة وعندي كلام الشيخ يحتملها هنا وينبني على هذا الخلاف إذا ترك المصلي أكثر من تكبيرة هل يسجد أم لا؟ والخلاف في ذلك شهير.

(والدخول في الصلاة بنية الفرض فريضة):

لا خلاف أن الصلاة تفتقر إلى نية لأنها عبادة محضة ويشترط اقترانها بتكبيرة الإحرام وقيل: يجوز تقديمها بالزمن اليسير قاله ابن رشد رحمه الله واختلف هل يلزمه أن ينوي الخروج من الصلاة أم لا؟ والأكثر على أنه لا يضر، واختلف إذا دخل بنية الظهر وخرج بنية العصر مثلاً على قولين والأكثر على أنه لا يجزئه.

(ورفع اليدين سنة):

ما ذكر هو أحد الأقوال الثلاثة وقيل فضيلة وهو المشهور وقيل لا يرجع حكاه ابن شعبان عن مالك من رواية ابن القاسم ويكون الرفع مقارنا لتكبيرة الإحرام على طريق الأولى وإن تقدم أو تأخر فلا جناح والمشهور أنه مختص بتكبيرة الإحرام وفيها أقوال متعددة وانظرها فيما تقدم.

(والقراءة بأم القرآن في الصلاة فريضة وما زاد عليها سنة واجبة والقيام والركوع والسجود فريضة):

جميع ما ذكر هو قول الأكثر وروى الواقدي عن مالك: أن من لم يقرأ في جميع صلاته أنه لا شيء عليه، قال الباجي وهو شذوذ.

وروى علي بن زياد عن مالك: أحب إلي أن يعيد وحكم السورة السنية على المنصوص وفيها قول بالفضيلة أخذه اللخمي من قول مالك وأشهب لا يسجد من تركها سهوًا، ورده ابن بشير باحتمال قصر السجود على ما ورد ولم يرد فيها.

وأجابه ابن هارون بأن أصل مذهب مالك أن السجود لا يقصر على ما ورد قال: ولم نعلم فيه خلافًا ولو لزم ذلك للزم ترك السجود في جل مسائل السهو وقيل إنها فرض وأخذه اللخمي أيضًا من قول عيسى بن دينار: من تركها عمدًا بطلت صلاته ورده المازري باحتمال أن يكون البطلان لترك السنة عمدًا، قال شيخنا حفظه الله وظاهر كلام الشيخ أن مطلق الزيادة على أم القرآن، سنة لا إن جميع السورة سنة، وهو كذلك وهذا بالنسبة إلى الفرض وأما قراءتها في النفل فقال ابن رشد مستحبة لسماع ابن القاسم لا سجود لتركها في الوتر.

(والجلسة الأولى سنة والثانية فريضة):

أراد بقوله والثانية فريضة مقدار ما يقول فيه السلام عليكم فإنه فرض لا خلاف في ذلك وما زاد على ذلك فهو سنة كما قال الشيخ وقيل: إن كلا الجلستين أعني الوسطى والأخيرة فرض، قال ابن زرقون: وهو ظاهر نقل أبي عمران وأبي عمر بن عبد البر عن أبي مصعب وقيل إن الأخير منهما فرض رواه أبو مصعب.

(والسلام فريضة):

ما ذكره هو المعروف وحكى الباجي عن ابن القاسم من أحدث في آخر صلاته أجزأته صلاته، واعترضه ابن هارون نقلا ومعنى.

أما نقلا فلأن المنقول عن ابن القاسم إنما هو في جماعة صلوا خلف إمام فأحدث إمامهم فسلموا هم لأنفسهم فسأل عن ذلك فقال تجزئهم صلاتهم أي تجزئ

صلاة المأمومين فقط. وأما معنى فلأن الأمة على قولين: منهم من يرى لفظ السلام بعينه وهو مالك، ومنه من لا يراه لكن يشترط أن ينوي بكل مناف الخروج من الصلاة وأما ما حكاه الباجي من إطلاقه فهو خلاف ما عليه الأمة. وقبله ابن عبد السلام على أن الأخير لا يسلم من اعتراض حسبما قدمناه.

(والتيامن به قليلاً سنة):

يعني سنة ضعيفة وظاهر كلام غير واحد أن ذلك فضيلة.

(وترك الكلام في الصلاة فريضة والتشهدان سنة):

يعني فرض مع الذكر ساقط مع النسيان وجعله ابن الحاجب من الشرط لا من الفرائض.

(والقنوت في الصبح حسن وليس بسنة):

اعلم أن قوله ليس بسنة تأكيد لأن قوله حسن يدل على ذلك، وما ذكره أنه حسن بمعنى الفضيلة هو المشهور وقيل إنه سنة قاله علي بن زياد وابن سحنون وهو ظاهر قول السليمانية يسجد لسهوه وهو قول المدونة قال فيها عن ابن مسعود: القنوت في الفجر سنة ماضية والأصل الحقيقة وإتيان سحنون به دون أن يأتي بخلافه يدل على ارتضائه ذلك وقال يحيى بن يحيى: لا يقنت وإنما قال ذلك لقول مالك في الموطأ: كان ابن عمر لا يقنت وعلى الأول فلا سجود كالفضائل فإن سجد بطلت حكاه ابن رشد عن أشهب وقال الطليطلي وإذا قلنا بالسنة فنص علي بن زياد على أنه إن لم يسجد بطلت وهو قائل بذلك في كل سنة.

وقال بعض المتأخرين: من أراد أن يخرج من الخلاف فليسجد بعد السلام وبه قال وأفتى بعض من لقيناه من القرويين ونص ابن الحاجب على أنه لا بأس برفع يدبه في دعاء القنوت وظاهر المدونة خلافه، قال فيها: ولا يرفع يديه إلا في الاستفتاح شيئا خفيفا والمشهور أنه لا تكبير له. وروي أن مالكًا كبر حين قنت.

(واستقبال القبلة فريضة):

يريد مع القدرة ويريد أن ذلك مخصوص بغير النوافل في السفر الطويل للراكب وجعل ابن الحاجب استقبال القبلة من الشروط لا من الفرائض، فإن صلى لغير القبلة ناسيا أو جاهلا فقيل: يعيد أبدًا وقيل: في الوقت وإن كان باجتهاد فالمشهور يعيد في الوقت، وقال ابن سحنون: يعيد أبدًا وقال ابن مسلمة: إن استدير يعيد أبدًا وكل هذا في قبلة الاجتهاد وأما قبلة عيان فيعيد أبدًا بالإطلاق اتفاقًا فيما قد علمت.

(وصلاة الجمعة والسعي إليها فريضة):

المنصوص والمعروف أن الجمعة فرض عين وخرج اللخمي أنها فرض كفاية، وروى ابن وهب أنها سنة فحملها بعضهم على ظاهره ولم يرتضه ابن عبد السلام، وإنما كان السعي فرضًا لأنه من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

(والوتر سنة واجبة):

يعني مؤكدة وهذا هو المنصوص وخرج اللخمي وابن زرقون أنه واجب من قول سحنون يجرح تاركه وأصبغ يؤدب واعتذر بعض شيوخ المازري على الأول بأن تركه علامة استخفافه بأمور الدين، واعتذر المازري عن الثاني بأن تأديبه واستخفافه بالسنة، كقول ابن خويز منداد ترك السنة فسق وإن تمادى عليه أهل بلد حوربوا، وقال ابن عبد السلام تخريج اللخمي عندي قوي حسن من قول أصبغ ضعيف من قول سحنون وقال ابن عبد البر: ضارع مالك وجوبه من قوله تقطع صلاة الصبح.

(وكذلك صلاة العيدين والخسوف والاستسقاء):

أما ما ذكر من أن صلاة العيدين سنة هو المعروف وقال ابن بشير: لا يبعد كونها فرض كفاية لأنها إظهار لأبهة الإسلام ونقل ابن حارث عن ابن حبيب أنها واجبة على كل من عقل الصلاة من النساء، والعبيد والمسافر إلا أنهم لا خطبة عليهم.

وناقض بعض شيوخنا قول ابن حارث هذا بقوله في أول الباب: اتفقوا على أنها لا تجب على النساء ولا على أهل القرى البعيدة عن الحواضر،ولما ذكر ابن عبد السلام القول بالسنة قال: وذهب بعض الأندلسيين إلى أن ذلك فرض كفاية وأراد به ابن زرقون على بعد في ذلك حسبما قدمناه، وأما ما ذكر من أن حكم صلاة الخسوف السنة هو كذلك باتفاق بالنسبة إلى خسوف الشمس وأما خسوف القمر فقيل كذلك، قاله ابن الجلاب واللخمي وقيل ذلك فضيلة.

وروي عن مالك وبه قال أشهب: ومثله في التلقين، وأما ما ذكر من أن صلاة الاستسقاء سنة فهو كذلك من حيث الجملة قال اللخمي: ويستحب أن يقيمها المخصبون للمجدبين ولسعة الخصب مباح.

(وصلاة الخوف واجبة أمر الله سبحانه بها وهو فعل يستدركون به فضل الجماعة):

يريد أنها سنة مؤكدة وصرح بأن حكمها السنة ابن يونس في أول كتاب الصلاة ونقل عن ابن المواز لما تكلم على صلاة الخوف أنها رخصة وتوسعة.

(والغسل لدخول مكة مستحب والجمع ليلة المطر تخفيف وقد فعله الخلفاء الراشدون والجمع بعرفة ومزدلفة سنة واجبة):

ظاهر كلامه أن الجمع رخصة وصرح به قبل حيث قال: وأرخص في الجمع بين المغرب والعشاء ليلة المطر وهو خلاف رواية ابن عبد الحكم الجمع ليلة المطر سنة وخلاف قول ابن قسيط: الجمع ليلة المطر سنة ماضية والأصل الحقيقة وإتيان سحنون به يدل على ارتضائه ووقع لابن القاسم الجمع غير مشروع، وأن من جمع أعاد العشاء أبدًا حكاه الباجي وإليه نحا القرافي في استشكاله الجمع بأن رعاية الأوقات واجبة وفائدة الجمع تحصيل فضيلة الجماعة وهي مندوب إليها فكيف يترك الواجب لأجل تحصيل المندوب، قلت ورد بأن الجمع إما سنة كما قدمنا واستشكال السنة لا يجوز وإما رخصة وقد علمت أن الرخصة ارتكاب المحظور لأجل قيام المانع.

وللقرافي جواب عن ذلك لم أذكره لطوله وضعفه وتولى خليل بيان ضعفه وهل هذه الرخصة على القول بها راجحة أو مرجوحة في ذلك قولان للخمي وابن رشد، وظاهر كلام الشيخ الأول لقوله وقد فعله الخلفاء والله أعلم.

والصواب أنها مرجوحة إذ ليست بمتفق عليها ألا ترى ما تقدم عن ابن القاسم وقد جرت العادة في أفراد من المساجد بعدم الجمع فيها كجامع الزيتونة عندنا بتونس.

(وجمع المسافر في جد السير رخصة):

ظاهر كلامه أن جد السير شرط وهو كذلك، وقال أصبغ: لا يشترط وقيل: يشترط في حق الرجال دون النساء قاله بعض شيوخ المذهب، وظاهر كلامه أنه لا يشترط فوات أمر وهو كذلك عند ابن حبيب وفي التهذيب اشتراطه ونصه ولا يجمع المسافر إلا أن يجد السير به ويخاف فوات أمر.

وقال أشهب: يشترط فوات أمر مهم فهو أخص من قول التهذيب فهو قول ثالث والرابع لابن الماجشون الفرق بين الرجال والنساء، وظاهر كلام الشيخ أن الجمع جائز دون كراهة وهو كذلك.

وروي عن مالك أنه مكروه مطلقًا.

وروي عنه الكراهة للرجال فقط، وهذه الأقوال الثلاثة حكاها عياض في الإكمال ونقل عبد الحق جوازه في البر دون البحر.

(وجمع المريض يخاف أن يغلب على عقله تخفيف):

المشهور أن الجمع لخوف الإغماء مطلوب ومنعه ابن نافع وعلى الأول فهل تقدم الثانية إلى الأولى أو يصلي كل صلاة لوقتها في ذلك خلاف قال الفاكهاني: لم فرق بين جمع المسافر وجمع المريض فعبر عن الأول بالرخصة وعن الثاني بالتخفيف مع أن معنى الرخصة التخفيف قلت: تفنن في العبارة والله أعلم.

(وكذلك جمعه لعلة فيكون ذلك أرفق به):

ما ذكره هو المشهور ومنع ابن نافع هو كالأول نقله ابن رشد والخلاف في كيفية الجمع لما سبق، وقال ابن بشير المريض يجمع مطلقًا اتفاق وهو قصور لنقل ابن نافع وحفظ ابن الحاجب الخلاف في الثانية دون الأولى فقال: والمريض إذا خشي الإغماء جمع وإن لم يخش فقولان ذكرهما ابن عبد السلام قال بعض شيوخنا وهذان طريقان لا أعرفهما لغيرهما.

(والفطر في السفر رخصة والإقصار فيه واجب):

لا خلاف أن الفطر في سفر القصر جائز واختلف هل هو أفضل من الصوم أو العكس وهو المشهور أو هما على حد السواء في ذلك ثلاثة أقوال حكاها غير واحد، قال ابن حبيب: الصوم أفضل إلا في الجهاد للتقوي على العدو وجعله كالتفسير للمدونة، وظاهر كلام ابن يونس أنه خلاف.

وقول الشيخ الإقصار فيه واجب ظاهره أنه فرض وهو ظاهر قوله قبل حيث قال: فعليه أن يقصر الصلاة وهو أحد الأقوال الأربعة.

وقيل: سنة وهو المشهور. وقيل: فضيلة.

وقيل: مباح وقول الفاكهاني يحتمل ما ذكرناه ويحتمل أن يريد وجوب السنن المؤكدة وهو أولى لأنه المشهور بعيد لما قلناه من قوله فعليه أن يقصر الصلاة فهو كالنص في الوجوب، فيحمل قوله هذا عليه دفعا للخلاف وتقدم فرقًا بين الفطر والقصر أفضلهما أن القصر تبرأ منه الذمة في الحال ولا كذلك الفطر فإن الذمة مشغولة بالقضاء.

(وركعتا الفجر من الرغائب وقيل من السنن):

أراد بالرغيبة الفضيلة والقول بالفضيلة هو نقل الأكثر والقول بالسنة هو قول أشهب، قال الفاكهاني: وفائدة الخلاف تفاوت الثواب فإن ثواب السنة أكثر من ثواب الرغيبة والنافلة، كما أن ثواب الواجب أكثر من ثواب السنن هذا في الفعل وأما في الترك عمدًا فإن قلنا إنها سنة جرى فيها الخلاف في تارك السنن عمدًا هل يأثم أم لا؟ قلت يحتمل أن يراعي قائله الخلاف فلا يأثم والله أعلم.

(وصلاة الضحى نافلة):

ما ذكر مثله في التلقين وظاهر كلام ابن عبد البر أنه فضيلة لقوله ورد في صلاة الضحى والوصية آثار كثيرة.

(وكذلك قيام رمضان نافلة وفيه فضل كبير ومن أقامه إيمانا واحتسابًا غفر له ما تقدم من ذنبه):

لما خاف أن يتوهم أن حكمه النافلة أردفه بقوله: وفيه فضل كبير وما بعده ليبين أن حكمه الفضيلة التي هي أقوى من النافلة وهذا قول ابن حبيب خلافًا لابن عبد البر في قوله: إن قيامه سنة.

(والقيام من الليل في رمضان أو غيره من النوافل المرغب فيها):

قيام الليل من شعائر الأنبياء والصالحين وشيم المخلصين ومذهبنا أن أفضل الليل الثلث الأخر لحديث النزول ومذهب الشافعي الوسط أفضل لحديث داود عليه السلام كان ينام نصف الليل ويقوم ثلثه وينام سدسه.

(والصلاة على موتى المسلمين فريضة يحملها من قام بها وكذلك مواراتهم بالدفن وغسلهم سنة واجبة):

ما ذكر الشيخ من أن الصلاة على ميت المسلم فرض كفاية هو قول ابن عبد الحكم وأشهب وسحنون والقاضي عبد الوهاب وهو ظاهر نقل ابن الجلاب عن مالك في قوله قال مالك: صلاة الجنازة واجبة وقيل: إنها سنة قاله أصبغ، وقال ابن زرقون في تلقين الشارقي هي مستحبة ورواه ابن عيشون وأخذ ابن القاسم أنها غير واجبة من قول مالك تجوز صلاة الجنازة بتيمم الفريضة ومن تشبيه فعلها بعد صلاة العصر بسجود التلاوة، قال ولم أجد لمالك فيها نصًّا وأجيب بالنسبة إلى التخريج لكونها فرض كفاية وبقصوره بقوله لم أجد فيها نصًّا.

ونقل ابن الجلاب عن مالك وجوبها، وأورد الشيخ شهاب الدين القرافي على القول الأول سؤالا وهو إذا تعذر الوجوب على جملة الطوائف في فرض الكفاية فكيف يسقط عمن لم يفعل غيره مع أن الفعل البدني كصلاة الجنائز والجهاد مثلاً لا يجزئ فيه أحد عن أحد فكيف يسوي الشرع بين من يفعل ومن لم يفعل، وأجاب بأن الفاعل يساوي غير الفاعل في سقوط التكليف لا في الثواب وعدمه وما ذكر من أن المواراة فرض كفاية لا أعلم فيه خلافًا وما ذكر من أن غسلهم سنة واجبة أراد أنها سنة مؤكدة قاله غيره وزعم ابن بزيزة أنه المشهور وقيل إنه فرض قاله عبد الوهاب وغيره والعجب من الشيخ في تكرره لغسل الميت مع أنه سبق له في هذا الباب.

(وكذلك طلب العلم فريضة عامة يحملها من قام بها إلا ما يلزم الرجل في خاصة نفسه):

ظاهر كلام الشيخ أنه لا يجب عليه تعليم العلم الزائد على فرض العين وإن كان فيه القابلية وهو خلاف قول سحنون بوجوبه عليه والنفس أميل إليه وجعله شيخنا أبو مهدي المذهب قال: لا أعلم خلافه ولأنه ممن تلبس فصار من الجاهلين له بطلب العلم

أن القابلية فيه لا تعلم إلا بعد التلبس.

(وفريضة الجهاد دعامة يحملها من قام بها إلا أن يغشى العدو محلة قوم فيجب فرضًا عليهم قتالهم إذا كانوا مثلي عددهم):

يعني أن الجهاد فرض كفاية وهو كذلك بإجماع نص عليه ابن القصار وانتقد ابن عبد السلام قول ابن الحاجب بذلك، قال ابن المسيب وابن شبرمة وغيرهما أنه فرض عين وحكي عن سحنون أنه سنة ليس بفرض، وقال طاوس: السعي على الأخوات أفضل من غير أن هذه الأقوال لا يبعد تأويلها وردها إلى ما نص عليه الجمهور وقال وحق ابن الحاجب أن يقول: الجهاد واجب على الكفاية على الجمهور وانظر ما تقدم لخليل في هذا.

(والرباط في ثغور المسلمين وسدها وحياطتها واجبة يحمله من قام به):

قال ابن سحنون وغيره: قال مالك: ليس من سكن بأهله بالإسكندرية وطرابلس ونحوها بمرابطين إنما المرابط من خرج من منزله مرابطًا فرابط في نحر العدو وحيث الخوف، قال الباجي: وعندي أن من اختار استيطان ثغر الرباط فقط ولولا ذلك لأمكنه المقام بغيره له حكم الرباط، وروى ابن وهب: الرباط أحب إلي من الغزو على غير وجهه وهو الصواب وأحب إلي من الرباط.

(وصوم شهر رمضان فريضة):

اختلف العلماء في إطلاق رمضان على الشهر على ثلاثة أقوال ثالثها: إن كان هنالك قرينة تصرفه إلى الشهر فلا كراهة وإلا كره والقول بالكراهة قاله أصحاب مالك.

(والاعتكاف نافلة والتنفل بالصوم مرغب فيه):

اختلف في حكم الاعتكاف على أربعة أقوال: فقيل: نافلة كما قال الشيخ ونحوه قال القاضي عبد الوهاب: هو قربة وقال ابن العربي في العارضة: هو سنة ولا يقال فيها مباح وقول أصحابنا في كتبهم: جائز جهل، قلت ليس بجهل إنما قصدهم بذلك نفي ما يتوهم من كراهته.

وقال ابن عبد البر في الكافي: هو في رمضان سنة وفي غيره جائز، وقال ابن عبدوس وروى ابن نافع: ما رأيت صحابيا اعتكف وقد اعتكف ﷺ حتى قبض وهم أشد اتباعا فلم أزل أفكر حتى أجد في نفسي أنه لشدته نهاره وليله سواء كالوصال المنهي عنه مع وصاله ﷺ فأخذ منه ابن رشد كراهة لتلك.

(وكذلك صوم يوم عاشوراء ورجب وشعبان وصوم يوم عرفة ويوم التروية وصوم

يوم عرفة لغير الحاج أفضل منه للحاج):

قال ابن رشد: أفضل الصوم بعد رمضان صوم يوم عاشوراء وقد كان فرض قبل رمضان قال الفاكهاني رحمه الله: وفيه نظر لأن عاشوراء تكفر السنة قبلها فقط، ويوم عرفة تكفر السنة التي قبلها والتي بعدها كما جاء في الصحيح والتكفير منوط بالأفضلية فمن ادعى غير هذا فعليه الدليل.

(وزكاة العين والحرث والماشية فريضة وزكاة الفطر سنة فرضها رسول الله ﷺ):

أراد الشيخ بقوله: فرضها: قدرها فلا تناقض في كلامه وقول ابن عبد البر قول الشيخ أبي محمد سنة فرضها رسول الله ﷺ تمريض للسنة ضعيف لما قد قدمناه، وما ذكر من أن حكمها السنة عزاه ابن عبد البر لبعض أصحاب مالك وعزاه ابن رشد لبعض أصحابنا وذكره بعضهم عن مالك، وقال الباجي واللخمي: إنها واجبة، وأخذ ذلك من قول المجموعة إنها داخلة في قوله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ [البقرة: ٤٣] وغيرها وجعله ابن الحاجب المشهور.

(وحج البيت فريضة والعمرة سنة واجبة والتلبية سنة واجبة والنية بالحج فريضة والطواف للإفاضة فريضة والسعي بين الصفا والمروة فريضة وكذلك الطواف المتصل به واجب وطواف الإفاضة آكد منه والطواف للوداع سنة والمبيت بمنى ليلة يوم عرفة سنة والجمع بعرفة واجب والوقوف بعرفة فريضة ومبيت المزدلفة سنة واجبة ووقوف المشعر الحرام مأمور به):

لا خلاف أن الحج فرض واشتهر الخلاف هل ذلك واجب على الفور أو على التراخي؟ ويجب على الأعمى إذا وجد قائدا واختلف في السائل إذا كانت العادة أنه يعطى فقيل: يجب عليه وقيل لا واختلف إذا كان يؤدى غفرا بحيث لا يجحف به هل يجب عليه أم لا؟

(ورمي الجمار سنة واجبة وكذلك الحلاق وتقبيل الركن سنة والغسل للإحرام سنة والركوع عند الإحرام سنة وغسل عرفة سنة):

ما ذكر هو المشهور وقال ابن الماجشون بوجوب جمرة العقبة قاله غير واحد.

(والغسل لدخول مكة مستحب):

قال الفاكهاني: انظر لم جعل الغسل لدخول مكة منحطًا عن رتبة السنن حيث عبر بالاستحباب قلت: يحتمل أنه أراد به ليس بتأكيد السنن كغيره.

(والصلاة في الجماعة أفضل من صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة):

واختلف في حكم صلاة الجماعة على أربعة أقوال: فقيل: سنة قاله الأكثر وقيل: فرض كفاية نقله الأكثر ابن محرز وغيره عن بعض أصحابنا وقيل مندوب إليها مؤكدة الفضل قاله عبد الوهاب في تلقينه ومثله قول ابن العربي في عارضته ويحث عليها وقال ابن رشد: مستحبة للرجل في خاصته فرض في الجماعة سنة في كل مسجد واختلف هل تتفاضل بالكثرة أم لا؟ والمشهور أنها لا تتفاضل خلافًا لابن حبيب وحمل بعض الشيوخ المذهب على قول ابن حبيب وجعل معنى المشهور أن الجماعة سواء بالنسبة إلى عدم الإعادة في جماعة نقله ابن عبد السلام ولا أعرفه لغيره، وأقل الجمع اثنان باتفاق.

(والصلاة في المسجد الحرام ومسجد الرسول عليه السلام فذا أفضل من الصلاة في سائر المساجد واختلف في مقدار التضعيف بذلك بين مسجد الحرام ومسجد الرسول عليه السلام ولم يختلف أن صلاة في مسجد الرسول أفضل من ألف صلاة فيما سواه وسوى المسجد الحرام من المساجد وأهل المدينة يقولون إن الصلاة فيها أفضل من الصلاة في المسجد الحرام بدون الألف وهذا كله في الفرائض وأما النوافل ففي البيوت أفضل):

واختلف في مقدار التضعيف وقد تقدم في باب الأيمان والنذور أن المشهور من المذهب أن المدينة أفضل من مكة وقيل مكة أفضل من المدينة حكاه عياض عن ابن حبيب وابن وهب واختاره بابن عبد السلام ووقف الباجي.

(والتنفل بالركوع لأهل مكة أحب إلينا من الطواف والطواف للغرباء أحب إلينا من الركوع لقلة وجود ذلك لهم):

قال الفاكهاني: تعليله بقلة وجود ذلك للغرباء فيه نظر لأن التنفل بالصلاة أفضل من التنفل بالطواف ولذلك كانت الصلاة لأهل مكة أفضل من الطواف وإذا كان ذلك فينبغي أن لا يفرق بين الغرباء وأهل مكة إذ المحافظة على الأفضل أولى من المحافظة على المفضول لا سيما على القول بمساواة النافلة للفريضة في الفضل.

(ومن الفرائض غض البصر عن المحارم وليس في النظرة الأولى بغير تعمد حرج ولا في النظر إلى المتجالة ولا في النظر إلى الشابة لعذر من شهادة عليها):

الأصل في غض البصر قوله تعالى ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ ﴾ [النور: ٣٠] قال ابن عطية: الأظهر في من أن تكون للتبعيض بخلاف الفروج إذ حفظها عام ويؤيد هذا التأويل ما روي من قوله ﷺ لعلي رضي الله عنه: **«لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك وليست الثانية لك»**[1] وقال ابن جرير عن عبد الله:

---

(١) رواه الدارمي (٢/٣٨٦).

سألت النبي ﷺ عن نظرة الفجأة فقال: «اصرف بصرك»[1] قال ويصح أن تكون من لبيان الجنس ولابتداء الغاية والبصر هو الباب الكبير إلى القلب وأعم طرق الحواس إليه وبحسب ذلك كثرة السقوط من جهته فوجب التحذيرمنه.

قال الفاكهاني: وأحسن الشيخ رحمه الله في قوله بغير تعمد لأن النظرة تعمدًا حرام وإن كانت الأولى وأما المتجالة فيجوز النظر إليها لقوله تعالى ﴿ وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ [النور: ٦٠] الآية.

(وقد أرخص من ذلك للخاطب):

سمع ابن القاسم لمن يريد تزويج امرأة نظره إليها بإذنها قال ابن رشد: يريد إلى وجهها قال المازري: ويديها وكره مالك أن يتغفلها وأجازه ابن وهب واختار ابن القطان كون النظر إليها مندوبًا إليه لحديث الأمر به، وما إلى جواز النظر إلى جميع الجسد سوى السوأتين وزيد نقل جواز النظر إليها عن داود قال، وروى قاسم بن أصبغ عن الخشني عن أبي عمرو عن سفيان بن عيينة عن عمر بن دينار عن محمد بن دينار عن محمد بن علي بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه خطب إلى علي رضي الله عنه بنته أم كلثوم فذكر له صغرها فقيل له: إن ردك فعاود فعاوده فقال له علي رضي الله عنه: أبعث بها إليك فإن رضيتها فهي امرأتك فأرسل بها إليه فكشف عن ساقيها فقالت له: لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك ويزيد فيها أهل الأخبار أنه بعث إليه بثوب وقال لها: قولي له هذا الذي قلت لك عليه، فقال لها عمر قولي له رضيت به فلما أدبرت كشف عن ساقيها فقالت له ما سبق، ذكره فلما رجعت إلى أبيها قالت له: بعثتني إلى شيخ سوء فعل كذا فقال لها: هو زوجك يا بنية وما ذكر عن أهل الأخبار ذكره ابن عباس وابن عبد البر بأتم من هذا فانظره. ابن العربي في الأحكام في قوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌ ﴾ [الحجرات: ٦] الآية.

من ثبت فسقه بطل قوله في الأخبار إجماعا لأن الخبر أمانة والفسق قرينة تبطلها فأما في الإنشاء عن نفسه فلا يبطل إجماعا وأما على غيره فإن الشافعي قال: لا يكون وليا في النكاح وقال أبو حنيفة ومالك: يكون وليا ثم قال: ولا خلاف أنه يكون رسولا عن غيره في قوله يبلغه أو شيء يوصله أو أذن يعلمه إذا لم يكن عن حق المرسل والمبلغ فإن تعلق به حق لغيرهما لم يقبل قوله وهذا جائز للضرورة الداعية إليه ولو لم يتصرف بين الخلق في هذا المعنى إلا العدول ما تحصل منها شيء لعدمهم في ذلك.

---

(١) رواه البخاري (٥/٢٢٩٩).

(ومن الفرائض صون اللسان عن الكذب والزور والفحشاء والغيبة والنميمة والباطل كله)

قال التادلي رحمه الله: الكذب على خمسة أقسام:

واجب: لإنقاذ مال مسلم أو نفسه.

ومحرم: وهو الكذب لغير منفعة شرعية.

ومندوب: وهو الكذب للكفار بأن المسلمين أخذوا في أهبة الحرب إذا قصد بذلك إرهابهم.

مكروه: وهو الكذب لزوجته ليطيبها لنفسه.

قلت: وقال ابن رشد: جوزت السنة الكذب فيه وفي الحرب لتحذير الكفار قوله: إنه مكروه قال: ومباح وهو الكذب للإصلاح بين الناس، وأراد الشيخ بقوله والزور قول الزور، قال الفاكهاني: والزور والكذب كأنهما مترادفان، قلت: ليس كذلك لأن الزور أخص والغيبة أن يقول الإنسان في غيره في مغيبه ما يكرهه ولو كان ما لا يكرهه فليست بغيبة كما إذا قال رجل فلان سار ولرجل من أعراب إفريقية فليس ذلك بغيبة عندهم لأنهم يقدحون بذلك لأنه لا يتعاطى ذلك إلا من هو شجاع عندهم، وسمعت غير واحد من شيوخ القرويين وغيرهم يفتي أن الغيبة في الفاسق لا تجوز وما جاء في الحديث «**لا غيبة في فاسق**» لم يصح سلمنا صحته فبعضهم حمله على من يتمدح بذلك، وبعضهم يقول ليس فيها جلاء للجواز إذ يتحمل أن يكون معناه لا غيبة جائزة في فاسق وإلى الآخر مال صاحب الذخيرة في قواعده وعزاه الجماعة من الفضلاء.

وأما النميمة فهي نقل الكلام الفاسد بين الناس وينشأ عن ذلك مفاسد بحسب القول والقائل والمقول به وفيه.

(قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ليقل خيرا أو ليصمت»[(١)] وقال «من حسن إسلام المرء تركه مالا يعنيه) [(٢)]

ذكر هذين الحديثين دليلا لما سبق وقد بعث بعض الأمراء إلى زياد بن عبد الرحمن الملقب بشطور يسأله عن كفتي ميزان الأعمال يوم القيامة قال: مم من فضة أو من ذهب؟ فكتب إليه: حدثنا أنس بن مالك وذكر سنده إلى النبي ﷺ قال «**من حسن**

---

(١) رواه البخاري (٢/٩٥١)، ومسلم (١/٦٨).

(٢) رواه أحمد (١/٢٠١).

إسلام المرء تركه ما لا يعنيه»(١) وسترد أيها الأمير يوم القيامة فتعلم هل هما من ذهب أو فضة، وذكر ذلك عياض في مداركه، واعلم أن هذين الحديثين عظيمان من وقف معهما وحافظ عليهما سلم.

فالأول: يقول الإنسان إذا وفقه الله أنه لا يتكلم إلا بالقرآن أو بعلم غالبا، وقيل: إن أبا بكر الصديق ﷺ كان يجعل في فيه حصاة يتذكر بها ما يقول أو نحو ذلك.

ويقول: العبادة عشرة أجزاء تسعة في السكوت وواحدة في طلب المعيشة، وكان الشيخ أبو علي البخاري رضي الله عنه يقول: إنما جعل لك لسان واحد وأذنان ليكون ما تسمع أكثر مما تقول ويقال لو كان الكلام من فضة لكان السكوت من ذهب.

وأما الثاني: فيحمل الإنسان إذا وفقه الله على أن يجتنب صحبة من لا خلاق له ويرغب في صحبة من هو خير منه فيتعلم من علمه وعمله وورعه ولا يتعاطى فعلا لا يليق به حتى إذا تلبس بمباح ينقل نفسه إلى المندوب والذي يثاب عليه نسأل الله تعالى أن يلهمنا رشدنا وأن يملكنا نفوسنا وأن يذكرنا عيوبنا بمنه وكرمه.

(وحرم الله سبحانه دماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم إلا بحقها ولا يحل دم مسلم إلا أن يكفر بعد إيمانه أو يزني بعد إحصانه أو يقتل نفسًا بغير نفس أو فساد في الأرض أو يمرق من الدين ولتكف يدك عما لا يحل لك من مال أو جسد أو دم ولا تسع بقدميك فيما لا يحل لك ولا تباشر بفرجك أو بشيء من جسدك ما لا يحل لك قال الله سبحانه ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ﴾ إلى قوله ﴿ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ﴾ [المؤمنون: ٥-٧]):

قال عبد الوهاب: أراد بقوله أو يمرق من الدين الخوارج الذين قال فيهم النبي ﷺ: «**يمرق من الدين كما يمرق السهم من الرمية**»(٢) ومنهم المبتدعة من القدرية والإباضية الذين قال فيهم مالك بالاستتابة فإن تابوا وإلا قوتلوا.

(وحرم الله سبحانه الفواحش ما ظهر منها وما بطن):

أراد بذلك قوله تعالى: ﴿ قُلۡ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلۡفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنۡهَا ﴾ [الأعراف: ٣٣] والفاحشة: قيل كل مستقبح من قول أو فعل ما ظهر للأعين وما بطن أي ستر.

(وأن يقرب النساء في دم حيضهن أو دم نفاسهن وحرم من النساء ما تقدم ذكرنا إياه):

---

(١) تقدم.

(٢) رواه البخاري (٣/١٣٢١)، ومسلم (٢/٧٤٧).

لا خلاف أنه لا يجوز له وطؤها في الفرج كما أنه لا خلاف أنه يجوز له التمتع بما فوق الإزار واختلف فيما تحته من غير الفرج على قولين المشهور أنه لا يجوز.

(وأمر بأكل الطيب وهو الحلال فلا يحل لك أن تأكل إلا طيبًا ولا تلبس إلا طيبًا ولا تركب إلا طيبًا ولا تسكن إلا طيبًا وتستعمل سائر ما تنتفع به طيبًا ومن وراء ذلك مشتبهات من تركها سلم ومن أخذها كان كالراتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه):

ما ذكر الشيخ من أن الطيب هو الحلال صرح بذلك سحنون بن سعيد، قال أبو عبد الله بن عبدوس: واعلم أن عماد الدين وقوامه هو طيب المطعم فمن طاب كسبه زكا عمله ومن لم ينصح في طيب مكسبه خيف عليه ولا تقبل صلاته وصيامه وحجه وجهاده وجميع عمله لأن الله تعالى يقول ﴿ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ ٱللَّهُ مِنَ ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [المائدة: ٢٧] وقد أخذ سحنون بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم عن عبد الله بن عبد العزيز الزاهد يرفع الحديث إلى عائشة رضي الله عنها أنها قالت لرسول الله ﷺ «من المؤمن» قال «**الذي إذا أصبح سأل من أين قرصاه**» قلت: يا رسول الله من المؤمن قال «**الذي إذا أمسى سأل من أين قرصاه**» قلت يا رسول الله لو علم الناس ذلك لتكلفوه قال «**قد علموا ولكنهم قد غشموا المعيشة غشمها**»[١].

قال الشيخ أبو محمد: تعسفوا تعسفا ونظر عمر إلى المصلين فقال: لا يغرني كثرة رفع أحدكم رأسه وخفضه، الدين الورع في دين الله، والكف عن محارم الله والعمل لحلاله وحرامه، قال بعض الشيوخ: وأصول الحلال صيد البحر وصيد البر وتجارة بصدق وصناعة بنصح ومغنم قسم بعد وميراث عن قريب وماء من غدير ونبات من أرض غير متملكة وهدية من صالح وسؤال عن حاجة والمتشابه: هو ما اختلف فيه بالحلية والتحريم وقيل ما توقف فيه العلماء كخنزير الماء قال بعضهم: يجب على المكلف طلب الحلال المتفق عليه عند أهل العلم فإن لم يجد فالمتفق عليه في المذهب فإن لم يجد فليجتهد في معرفة أصول ما يشتريه فإن تعذر فشراء الخبز أولى من شراء الدقيق، وشراء الدقيق أولى من شراء القمح والمجلوب عن قرب أولى من شرائه عن بعد وفي وجوب السؤال عن أصل محله قولان.

قال الفاكهاني: لا ينبغي اليوم أن يسأل عن أصل شيء فإن الأصول فيه فسدت واستحكم فسادها بل يأخذ الشيء على ظاهر الشرع أولى له من أن يسأل عن شيء فيتعين له تحريمه ثم هو الأرفق بالناس لا قول من قال الحلال ما علم أصله، والذي

---

(١) لم أقف عليه.

عندي في هذا الزمان أن من أخذ قدر الضرورة لنفسه وعياله من غير سرف ولا زيادة على ما يحتاج إليه ما لم يأكل حرامًا ولا شبهة، وقد قال القاسم بن محمد: لو كانت الدنيا حرامًا لما كان بد من العيش ألا ترى أنه يحل أكل الميتة ومال الغي للمضطر على تفصيل تقدم فما ظنك بما ظاهره الإباحة هذا لا يكاد يختلف فيه اليوم والله أعلم.

(وحرم الله سبحانه أكل المال بالباطل):

دليل ذلك قوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة: ١٨٨] قال النبي ﷺ «**كل لحم نبت من سحت فالنار أولى به**»[1] أو كما قال عليه السلام قال: «**ما يريد من الفواكه والثمار ولبن الغنم يحلبها**»[2] فقال ابن الفرس لا خلاف في أكل المحتاج من هذه الأشياء وإن لم يأذن ربها، واختلف في غير المحتاج على أربعة أقوال: فقيل: يجوز له ذلك، وقيل: بعكسه، وقيل: يجوز للصديق الملاطف دون غيره، وقيل: يجوز في اللبن دون الفواكه والثمار.

(ومن الباطل الغصب والتعدي والخيانة والربا والسحت والقمار والغرو والغش والخديعة والخلابة):

الغصب: هو ملك الرقبة وأما التسلط على المنفعة هو التعدي.

والخيانة: أخذ ما أؤتمن.

والربا: قيل المراد به ما كانت الجاهلية عليه من فسخ الدين في الدين يقول المطلوب أخرني وأزيدك فقال سواء علينا إن زدنا في أول البيع أو عند محل الأجل فكذبهم الله تعالى قاله مجاهد وغيره فالألف واللام على هذا القول في قوله تعالى ﴿ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾ [البقرة: ٢٧٥] بالتعريف العهد. وقيل المراد به ما حرم التفاضل فيه لأن الربا في اللسان الزيادة فالألف واللام على هذا لتعريف الجنس، وقيل مراده كل بيع محرم بالإطلاق وإلى هذا ذهب عمر بن الخطاب وعائشة رضي الله عنهما.

والسحت: هو الرشوة وقيل هو القمار على الحمام والقمار معلوم عند العامة فضلا عن غيرهم.

والغش: كخلط دنيء بجيد قاله الفاكهاني.

والخلابة: بكسر الخاء المعجمة وتخفيف اللام الخديعة وفي الصحيح أن رجلاً كان يخدع في البيوع فقال رسول الله ﷺ «**إذا بعت فقل لا خلابة**» أي لا خديعة أي

---

(١) رواه الترمذي (٢/٥١٢).

(٢) لم أقف عليه.

لا يحل لك خديعتي ولا تلزمني خديعتك هكذا فسر فيكون الشيخ ذكر الخديعة من باب ما اختلف لفظه واتفق معناه.

(وحرم الله سبحانه أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به وما ذبح لغير الله وما أعان على موته ترد من جبل أو وقذة بعصا أو غيرها والمنخنقة بحبل أو غيرها إلا أن يضطر إلى ذلك كالميتة وذلك إذا صارت بذلك إلى حال لا حياة بعده فلا زكاة فيها):

قال الله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ ﴾ [المائدة: ٣] الآية قال الفاكهاني: قد تقدم الكلام على هذا في موضعه بما يغني عن الإعادة وما أحسن قول من قال ومن شأن الناس معادات المعاودات قلت، وظاهر كلام الشيخ سواء أنقذت مقاتلها أم لا فمهما آيس من حياتها فلا تؤكل وهو كذلك على خلاف.

(ولا بأس للمضطر أن يأكل الميتة ويشبع ويتزود فإن استغنى عنها طرحها):

اعلم أن قول الشيخ لا بأس نفي لما يتهم وإلا فالواجب أكله منها إجماعا، وما ذكر أنه يشبع هو قول سحنون وأكثر أهل المذهب وبه الفتوى، وقال ابن حبيب وابن الماجشون وأبوه وحكى ابن المنذر وعبد الوهاب عن مالك: لا يؤكل منها إلا ما يسد به رمقه خاصة، وهذا القول هكذا عزاه عياض في إكماله وهو الذي تركن إليه النفوس ومثل هذا الاختلاف اختلاف سحنون وابن حبيب فيمن اضطر لعطش في رمضان فأزاله هل يجوز له أكل بقية يومه أم لا؟ ويقرب منه اختلافهم فيمن يباح له أخذ الزكاة فقيل يجوز إعطاؤه ما يغنيه نصابًا فأكثر قاله مالك وقيل: يمنع أن يعطى النصاب قاله عبد الملك والقولان حكاهما ابن الجلاب، واختلف هل يأكل من ميتة الآدمي أو لا يأكل لحرمته على قولين.

(ولا بأس بالانتفاع بجلدها إذا دبغ):

ظاهر كلام الشيخ أن الدبغ يقيد بالانتفاع بالجلد في المائعات وغيرها وهو كذلك عند سحنون وغيره وقيل إن طهارته مقيدة باليابسات والماء وحده من المائعات لأن الماء يدفع عن نفسه وهذا القول هو المشهور، وظاهره أنه لا ينتفع به قبل الدبغ وهو كذلك وحكى ابن رشد عن ابن وهب وظاهر سماع ابن القاسم أنه ينتفع به زعم ابن حارث الاتفاق على الأول، وما ذكر أنه لا يصلي عليه هو المشهور وكذلك في البيع وقيل يجوز البيع إذا دبغ وقيل يجوزه مطلقًا وقول الشيخ وأحب إلينا أن يغسل هو خلا ابن حبيب بوجوب غسله.

وظاهر قوله ولا ينتفع بريشها: التحريم وتقدم أن في القرن والظلف والسن ثلاثة

أقوال ثالثها: الفرق بين طرفها وأصلها وكذلك في العظم الثلاثة حكاها غير واحد، وحكى الباجي فيه الفرق بين أن يصلق أم لا كأحد الأربعة في أنياب الفيل، وحمل بعض من لقيناه من القرويين قول الشيخ وكره الانتفاع بأنياب الفيل على ظاهره فجعله خامسًا والأقرب رده إلى التحريم لعدم وجودها لغيره، قال الفاكهاني: هذا الذي ذكر الشيخ قد تقدم في الضحايا بعينه واستوعب الكلام عليه هناك وهو ساقط هذا من بعض النسخ لكنه ثابت في روايتنا.

(وكل شيء من الخنزير حرام):

قال عبد الوهاب: يريد مما يؤكل قلت وقد تقدم الكلام على شعر الخنزير هل نجس أو طاهر وهو المشهور وكذلك القولان في شعر الكلب.

(وحرم الله سبحانه شرب الخمر قليلها وكثيرها وشراب العرب يومئذ فضيخ التمر، وبين الرسول عليه السلام أن كل ما أسكر كثيره من الأشربة فقليله حرام):

قال الله تعالى ﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ ﴾ [المائدة: ٩٠] الآية وخرج مسلم عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ **«كل مسكر خمر وكل خمر حرام ومن شرب خمرا في الدنيا ومات هو يومئذ لم يتب لم يشربها في الآخرة»**[(١)] وفي حديث أبي داود عنه ﷺ أنه قال: **«إني أنهاكم عن كل مسكر»**[(٢)] وخرج البزار وغيره عن ابن عباس قال: حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب[(٣)].

وروي مرفوعا من حديث جماعة من الصحابة وكلهم ما بين ضعيف ومجهول، وقول الشيخ: وشراب العرب يومئذ فضيخ التمر قال الجوهري: والفضيخ شراب يتخذ من البسر وحده من غير أن تمسه النار.

(فكل ما خامر العقل فأسكره من كل شراب فهو خمر):

قال عبد الوهاب: أما إن أراد أنه من باب التحريم والحكم كالخمر فذلك صحيح لاجتماعهما في العلة وأما إن أراد أنه يسمى خمرا في اللغة حتى إذا ثبت ذلك صح دخوله تحت قوله تعالى ﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ ﴾ [المائدة: ٩٠] الآية وتحت سائر الظواهر الواردة بتحريم الخمر فهذا مبني على صحة القياس في اللغة قد سلك هذه الطريقة أبو بكر بن الجهم ورواه ابن وهب وهي مسألة من أصول الفقه وفيها خلاف.

---

(١) رواه مسلم (٣/١٥٥٨).

(٢) رواه مسلم (٣/١٥٨٦).

(٣) الطبراني في الكبير (١٠/٣٣٩).

(وقال الرسول عليه السلام: أن الذي حرم شربها حرم بيعها):

هو مثل قوله ﷺ: «لعن الله اليهود حرمت عليها الشحوم فجملوها ثم باعوها وأكلوا أثمانها»[1] وكذلك لعن ﷺ في الخمره عشرة: عاصرها، ومن اعتصرت له، وبائعها، ومن ابتاعها، وشاربها، وحاملها، والمحمولة إليه، وساقيها، وشاهدها، وآكل ثمنها.

(ونهى عن الخليطين من الأشربة وذلك أن يخلطا عند الانتباذ وعند الشرب):

يريد بالخليطين البسر والرطب والتمر والزبيب.

(ونهى عن الانتباذ في الدباء والمزفت):

الدباء معلومة وهي القرعة والمزفت قلال أو ظروف تزفت أو تقير ولا خصوصية لما ذكر الشيخ -رحمه الله- من أن النهي عن الانتباذ فيما ذكر في الحديث الصحيح أنه نهي عن التقير أيضًا وهو قعر النخلة التي تنقر منه الآنية وكذلك نهي عن المحنتم قال ابن حبيب: وهو ما كان من الجرار الكبار أخضر وأبيض مطليا بالزجاج قال الإمام المازري في المعلم في كتاب الإيمان، روى ابن حبيب أنه أرخص في المحنتم، وروى القاضي أبو محمد المنع وأما النقير فروي عن مالك الكراهة والرخصة فيه وأما الدباء والمزفت فكره مالك نبيذهما قال ابن حبيب والتخليل أحب إلي.

(ونهى عليه السلام عن أكل كل ذي ناب من السباع وعن أكل لحوم الحمر الأهلية ودخل مدخلها لحوم الخيل والبغال لقول الله تبارك وتعالى: ﴿ لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةٗ ﴾ [النحل: ٨]):

اختلف في أكل كل ما يفترس على ثلاثة أقوال: فقيل: أكله حرام وقيل مكروه وقيل: ما يعدو حرام كالأسد والنمر وما لا يعدو فمكروه كالضبع والهر وكذلك اختلف في الحمر الأهلية والبغال بالتحريم والكراهة في الخيل ثلاثة أقوال: هذان القولان والثالث الإباحة هذا الذي نقله أهل المذهب، وحكى النواوي عن مالك في الحمر الأهلية الإباحة كالخيل ولا أعرفه لغيره وعلل من ذهب إلى التحريم بأمره ﷺ بإراقتها وأجاب من أباح أكلها خارج المذهب عن ذلك على خوف الفناء عليها مع الحاجة إليها فإذا كثرت كزماننا جاز أكلها وفعله ﷺ أدبًا لأنها طبخت قبل القسمة أو لأنها كانت جلالة.

(ولا زكاة في شيء منها إلا في الحمر الوحشية):

قال الفاكهاني: يريد زكاة ما يؤكل لحمه وإلا ففي الكتاب تزكية السباع لأخذ

---

(١) رواه البخاري (٧٤٧/٢)، ومسلم (١٢٠٨/٣).

جلودها وتقدم ما ذكره الباجي من أن الزكاة توجب طهارة ما زكي مطلقًا سواء قلنا يؤكل أو لا يؤكل.

(ولا بأس بأكل سباع الطير وكل ذي مخلب منها):

ما ذكر هو المشهور روي عن مالك: لا يؤكل كل ذي مخلب من الطير والمشهور لا كراهة في الخطاف وقيل مكروه وقال ابن بشير: هل هذا لأنه لا كبير لحم فيها فدخلت في باب تعذيب الحيوان لا لفائدة قال ابن عبد السلام وفيه نظر.

(ومن الفرائض بر الوالدين وإن كانا فاسقين وإن كانا مشركين فليقل لهما قولاً لينًا):

اعلم أن بر الأب والأم متساو وتؤول أنه اختيار مالك ومذهبه وروي عن الليث بن سعد خلافه وذكر المحاسبي أن على تفضيل الأم على الأب في البر إجماع العلماء قال عبد الوهاب: والأبوان الكافران كالمسلمين إلا أن برهما ينقطع بالموت.

قال بعض الشيوخ: والفاسق من الأبوين يزاد في الدعاء على الآخر وقيل لشهاب بن خراش ما جعلت لأبيك من دعائك؟ قال: الثلثين ولأمي الثلث فقيل له: أليس يقال للأم ثلثا البر فقال: بلى ولكن أبي شرطي لأبي هريرة. واختلف في بر الجد فقال أبو بكر الطرطوشي: لم أجد نص العلماء في الأجداد والذي عندي أنهم لا يبلغون مبلغ الآباء واستدل بسلب الأبوة عنهم في الحقيقة بقوله تعالى ﴿ أَحَدُهُمَآ أَوۡ كِلَاهُمَا ﴾ [الإسراء: ٢٣] ولو كان حكم الأجداد لقاله بلفظه الجمع وبقوله «**أمك ثم أمك ثم أباك ثم أدناك فأدناك**» وفي حديث آخر «**أمك وأباك وأختك وأخاك ومولاك ثم أدناك فأدناك**» قال: وفصل ﷺ الجواب ورتب الإخوة بعد الآباء واحتج بقوله تعالى ﴿ كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾ [الإسراء: ٢٤] والتربية لا تكون إلا للوالدين.

قال عياض في الإكمال: والذي عندي خلاف ما ذهب إليه كله والمعروف من قول مالك ومن وافقه من أهل العلم من أصحابه لزوم بر الأجداد وتقديمهم وقربهم من الآباء، وقد روي عن مالك أنه لا يقتص من الجد لابن ابنه إلا أن يفعل به ما لا شك في قصده قتله كالأب سواء، وكذلك قالوا في الجهاد بغير إذنه لا يجوز كالآباء وكذلك اختلف في تغليظ الدية عليه في عمد قتله وفي قطعه في السرقة من مال حفيده، وأما الحديث الذي احتج به من قوله أمك وأباك وأخاك ومولاك فهو حجة عليه لأنه لما لم يذكر الأجداد وقد ذكر الموالي دل على أنهم داخلون في عموم الآباء قلت: وقد ذكرنا بعض هذا الاحتجاج في أواخر الجهاد وابن عبد السلام حسن قول الطرطوشي قال:

وإن احتجاج عياض إنما يتم على من يدعي أن الجد لاحظ له من البر وهذا لم يذهب إليه أحد وسمعت شيخنا أبا مهدي أيده الله يذكر أن أهل قرطبة اختلفوا هل يجوز أن توكل الأم ولدها على والده أو يمنع وأنه حكم بجوازه.

(ولا يطعهما في معصية كما قال الله سبحانه):

قال ابن القاسم: إذا طلب الأعمى من ولده أن يذهب به إلى الكنيسة فليطعهما ويحملهما ويعطيهما ما ينفقان في أعيادهما ولكن لا يتولى ذلك بنفسه ولا يعطيهما ما ينفقان في الكنيسة وقال أشهب: لا يفعل ذلك كله.

(وعلى المؤمن أن يستغفر لأبويه المؤمنين وعليه موالاة المؤمنين والنصيحة لهم):

إنما كان عليه أن يستغفر لهما لقوله تعالى ﴿ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا ﴾ [الإسراء: ٢٤] الآية وفي الحديث إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث فذكر الولد الصالح يدعو له، وقد أجمع العلماء على أن الميت ينتفع بالدعاء له، وبالصدقة عليه، واختلف في قراءة القرآن على أربعة أقوال للعلماء يفصل في الثالث بين أن يكون عند القبر فينتفع بها الميت وإلا فلا، قال الفاكهاني: وذهب بعض الشافعية وأظنه أبا المعالي إلى أن القارئ إذا نوى أول قراءته أن يكون ثواب ما يقرأه لفلان الميت كان ذلك له وإلا فلا إذ ليس له أن ينقل ما ثبت ثوابه لغيره، قوله وعليه موالاة المؤمنين والنصيحة لهم، قيل هذا لقوله ﷺ **«الدين النصيحة»**[1] الحديث.

وروي عن جابر أنه قال: بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة والنصح لكل مسلم، وقال ﷺ **«لا تباغضوا ولا تدابروا ولا تقاطعوا ولا تحاسدوا وكونوا عباد الله إخوانا»**[2] وقال التادلي: اختلف إذا كان هناك من يشارك في النصيحة هل تجب عليك النصيحة أم لا سواء طلب منك أم لا كمن رأيته يفسد في صلاته؟ فقال الغزالي: يجب عليك النصح وقال ابن العربي: لا يجب قلت: الذي أقول به ما قاله الغزالي ويكون ذلك برفق لأنه أقرب للقبول.

(ولا يبلغ أحد حقيقة الإيمان حتى يحب لأخيه المؤمن ما يحب لنفسه[3] كذلك روي عن رسول الله ﷺ):

هذا الحديث يدل على أن المطلوب للعالم أن يود أن يكون كل الناس علماء مثله

---

(١) رواه البخاري (١/ ٣٠)، ومسلم (١/ ٧٤).

(٢) رواه البخاري (٥/ ٢٢٥٣)، ومسلم (٤/ ١٩٨٣)، وأحمد (٢/ ٢٨٨).

(٣) رواه البخاري (١/ ١٤)، ومسلم (١/ ٦٧).

وكذلك الصالح والغني، قال النواوي قال الشيخ أبو محمد بن الصلاح: هذا الحديث قد يعد من الصعب الممتنع وليس كذلك إذ معناه: لا يكمل إيمان أحدكم حتى يحب لأخيه المؤمن ما يحب لنفسه والقيام بذلك يحصل بأن يجب حصول مثل ذلك من جهة لا يزاحمه فيها بحيث لا تنقص النعمة على أخيه شيئًا من النعمة عليه وذلك سهل على القلب السليم وإنما يعسر على القلب الدغل عافانا الله وإخواننا من ذلك أجمعين.

(وعليه أن يصل رحمه):

يريد بنفسه وماله إلا أن يعرض له ما هو أوكد كتعليمه العلم في بلد نائية يعسر عليه الزيارة لهم والدليل على ما ذكر الشيخ قوله تعالى ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] الآية وفي الحديث «**صلة الرحم، تزيد في العمر**» ويحتمل هذا بالنسبة إلى الملائكة وفي الحديث «**الرحم معلقة بالعرش تقول يا رب صل من وصلني، واقطع من قطعني**».

(ومن حق المؤمن على المؤمن أن يسلم عليه إذا لقيه ويعوده إذا مرض ويشمته إذا عطس ويشهد جنازته إذا مات ويحفظه إذا غاب في السر والعلانية):

لا شك أن هذا من حقه كما قال ويتكلم الشيخ بعد على حكم الإسلام ابتداء وانتهاء.

(ولا يهجر أخاه فوق ثلاث ليال والسلام يخرجه من الهجران ولا ينبغي له أن يترك كلامه بعد السلام):

والأصل في ذلك ما رواه مالك عن ابن شهاب عن أنس أن رسول الله ﷺ قال: «**لا تباغضوا ولا تحاسدوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا ولا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام**»[١] وروى مالك عن سهل عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال «**تفتح أبواب الجنة يوم الإثنين ويوم الخميس فيغفر لكل عبد لا يشرك بالله شيئًا إلا رجلاً كانت بينه وبين أخيه شحناء فيقال أنظروا هذين حتى يصطلحا**»[٢] قال بعض من لقيناه من القرويين قول الشيخ والسلام يخرج من الهجران إذا نوى به ذلك وإلا فلا ويذكر أن أبا عمران نص عليه.

---

(١) تقدم.

(٢) رواه مسلم (١٩٨٧/٤).

(والهجران الجائز هجران ذي البدعة أو متجاهر بالكبائر):

قال الفاكهاني: يريد بالبدعة المحرمة كأهل الأهواء والخوارج: وفي البدعة المكروهة عندي نظر هل يحل هجران مرتكبها أم لا؟

(ومن مكارم الأخلاق أن تعفو عمن ظلمك وتعطي من حرمك وتصل من قطعك):

قيل هذه الألفاظ الثلاث تفسير لقوله ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾ [الأعراف: ١٧٧]، واختلف العلماء هل ينفع تحليل من الظلامات والتباعات أم لا؟ على ثلاثة أقوال فقال ابن المسيب بعدم التحليل مطلقًا وقال غيره بعكسه وفرق مالك بين الظلامات فلا تحل بخلاف الديون ونحوها، قال ابن العربي: إذا مات الذي له التباعات انتقلت إلى ورثته وإذا رد الغاصب ما كان عليه للورثة برئ من التباعات بإجماع وبقي عليه حق المطل.

واختلف إذا لم يعط الغاصب للورثة شيئًا ثم اجتمعوا في الآخرة لمن يكون ما عليه هل للورثة أو للميت؟ على قولين قلت: وأفتى شيخنا أبو محمد عبد الله الشبيبي – رحمه الله– بأن ذلك للورثة وعلل بما سبق من أنه لو دفعه إليهم تبرأ ذمته إجماعا وذلك حق للورثة وشق ذلك على العامة بالقيروان لكثرة المطالب التي يؤدونها على الزرع لغلبة الأعراب عليها فجعل الفلاحون يأتون أفواجا ويقولون يا سيدنا بلغنا كذا فيقول نعم فيها خلاف وهذا الذي ظهر لي من الترجيح فرأيت بعضهم يبكي واشتد بكاؤه فجعل الشيخ يقول لهم على طريق المؤانسة على الظالم ما تعبتم بسببه وما غير به قلوبكم إلى غير ذلك.

(وجماع آداب الخير وأزمته تتفرع عن أربعة أحاديث قول النبي عليه السلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرًا أو ليصمت» وقوله عليه السلام «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه» وقوله للذي اختصر له في الوصية «لا تغضب» وقوله «المؤمن يحب لأخيه المؤمن ما يحب لنفسه»):

أما الحديث الأول فخرجه مسلم، وأما الحديث الثاني فخرجه الترمذي من كتاب الزهد في حديث الزهري من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال الترمذي وهو غريب من هذا الوجه والمشهور عن مالك عن الزهري عن علي بن حسين عن النبي ﷺ مرسلا، وهو أحد الأحاديث الأربعة التي عليها مدار الإسلام وحديث «إنما الأعمال بالنيات والحلال بين والحرام بين، ومن وراء ذلك أمور متشابهات وازهد

في الدنيا يحبك الله» وقد نظمها أبو الحسن ظاهر بن فورك رحمه الله تعالى فقال:

عمـدة الـشرع عـندنا كلمـات أربـع مـن كـلام خـير الـبرية

اتـق الـشبهات وازهـد ودع ما لـيس يعنـيك واعملـن بنـية

وأما الحديث الثالث فخرجه البخاري ولم يخرجه مسلم أخرجه البخاري في كتاب الأدب عن يحيى بن يوسف عن أبي بكر بن عياش عن أبي حفص عن أبي صالح عبد الله بن ذكوان عن أبي هريرة عن النبي ﷺ وأما الحديث الرابع فخرجه مسلم ولفظه «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه أو لجاره ما يحب لنفسه» هكذا في مسلم على الشك وهكذا هو في مسند عبد الله بن حميد على الشك وهو في البخاري من غير شك، قال العلماء: معناه لا يؤمن الإيمان التام والمراد يحب لأخيه من الطاعات والأشياء المباحات ويدل عليه ما جاء في رواية النسائي في هذا الحديث «حتى يحب لأخيه من الخير ما يحب لنفسه».

(ولا يحل لك أن تتعمد سماع الباطل كله):

الباطل ضد الحق قولاً كان أو فعلا ومفهوم الشيخ أن سماعه من غير تعمد جائز وهو كذلك كالنظرة الأولى قال الفاكهاني: وقد روي عن ابن عمر فيما أظن أنه لما سمع صفارة الراعي سد أذنيه وكان معه إنسان فيقول له تسمع حتى بعد عن الصوت فظاهر هذا عدم التحريم إذ لو كان حرامًا لأمر من معه أن يفعل كفعله من سد أذنيه.

(وإلا أن تتلذذ بسماع كلام امرأة لا تحل لك):

قال ابن شعبان: وكذلك لا يحل لك سماع صوت الأمرد من الصبيان إذا كان فيه لين يخشى منه اللذة وقبله التادلي وأردفه بقول الغزالي ولا يصلي وراءه الأشفاع لأنه يتلذذ بصوته قال الفاكهاني: وانظر قول الشيخ ولا أن تتلذذ ولم يقل ولا أن تسمع لأن كلام المتجالة وما في معناها جائز.

(ولا سماع شيء من الملاهي والغناء):

قال الفاكهاني: لم أعلم في كتاب الله آية صريحة ولا في السنة حديثا صحيحا صريحا في تحريم الملاهي وإنما هي ظواهر وعمومات يتأنس بها لا أدلة قاطعة واستدل ابن رشد بقوله تعالى ﴿ وَإِذَا سَمِعُواْ ٱللَّغْوَ أَعْرَضُواْ عَنْهُ ﴾ [القصص: ٥٥] وأي دليل في ذلك على تحريم الملاهي والغناء وللمفسرين في ذلك أربعة أقوال:

الأول: أنها ما زالت في قوم من اليهود أسلموا فكان اليهود يلقونهم بالسب والشتم فيعرضون عنهم.

الثاني: قوم من اليهود أسلموا فكانوا إذا سمعوا ما غيره اليهود من التوراة وبدلوه من نعت محمد ﷺ وصفته أعرضوا عنه وذكروا الحق.

الثالث: أنهم المسلمون إذا سمعوا الباطل لم يلتفتوا إليه.

الرابع: أنهم من أناس من أهل الكتاب لم يكونوا من اليهود ولا النصارى وكانوا على دين الله كانوا ينتظرون بعث محمد ﷺ فلما سمعوا به بمكة قصدوه فعرض عليهم القرآن فأسلموا فكان الكفار من قريش يقولون لهم أف لكم من قوم اتبعتم غلامًا كرهه قومه وهم أعلم منكم به، قاله ابن العربي في أحكامه فليت شعري كيف يقوم الدليل من هذه الآية على تحريم الملاهي والغناء.

واستدل أيضًا بقوله تعالى ﴿ فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَٰلُ ﴾ [يونس: ٣٢] وهذا كما تقدم أعني لا صراحة فيه في تحريم شيء بعينه حتى يكون نصًّا في عين المسألة المطلوبة، واستدل أيضًا بقوله ﷺ **«كل لهو يلهو به المؤمن باطل إلا ثلاثة، ملاعبة الرجل زوجته، وتأديبه فرسه، ورميه عن قوسه»**[1] قال الغزالي: قلنا قوله ﷺ فهو باطل لا يدل على التحريم بل يدل على عدم الفائدة وقد سلم ذلك على أن الملاهي بالنظر إلى الحبشة خارج عن هذه الثلاثة وليس بحرام بل يلحق بالمحظور غير المحظور كقوله ﷺ **«لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحد ثلاثة »**[2] فإنه يلحق به رابع وخامس وكذلك ملاعبة زوجته فلا فائدة فيها إلا التلذذ وفي هذا دليل على أن التفرج في البساتين وسماع أصوات الطيور وأنواع الملهيات مما يلهو به الرجل لا يحرم شيء منها، وإن جاز وصفه بأنه باطل، وبالجملة فإن لأصحابنا ظواهر يستدلون بها على التحريم كما لغيرنا ظواهر يستدلون بها على الإباحة.

قال الشيخ أبو القاسم القشيري رضي الله عنه مستدلاً على إباحة السماع قال الله تعالى ﴿ فَبَشِّرْ عِبَادِ ۝١٧ ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ ﴾ [الزمر: ١٧، ١٨] قال: ويقتضي قوله عز وجل التعميم والاستغراق والدليل عليه أنه مدحهم بسماع الأحسن وقال تعالى ﴿ فَهُمْ فِي رَوْضَةٍ يُحْبَرُونَ ﴾ [الروم: ١٥] وقال في التفسير أنه السماع قال: وأعلم أن سماع الأشعار بالأصوات الطيبة والنغم المستلذة إذا لم يقصد المستمع محظور أو لم يشتمل على مذموم في الشرع ولم ينجرر في زمام هواه ولم ينخرط في سلك لهوه فمباح في الجملة، ولا خلاف أن الأشعار أنشدت بين يدي

---

(١) رواه البيهقي في معرفة السنن والآثار (٢/٢٠٨).

(٢) رواه البخاري (٦/٢٥٢٥)، ومسلم (٣/١٣٠٢).

رسول الله ﷺ وأنه سمعها ولم ينكر عليهم في إنشادها فإذا جاز سماعها بغير الألحان الطيبة فلا يتغير الحكم بأن يسمع بالألحان الطيبة هذا ظاهر من الأمر، ثم ما يوجب للمستمع من توفر الرغبة على الطاعة فيذكر ما أعد الله لعباده من الدرجات، ويحمله على التحرز من الزلات ويؤدي في الحال إلى صفاء الواردات مستحب في الدين وممتاز في الشرع.

ثم قال بعد كلام: وقد سمع السلف والأكابر الأبيات والألحان وممن قال بإباحته من السلف: مالك بن أنس وأهل الحجاز كلهم يبيحون الغناء وأما الحداء فأجمعوا على إجازته وقد وردت الأخبار واستفاضت الآثار في ذلك وذكر في ذلك أوراقًا لا نطول بذكرها إذا كان موضعها معروفا، وأما الإمام أبو حامد الغزالي رحمه الله فأفتى بذلك في البحر الزخار وأورد كل ما استدل به من قال بتحريم السماع، وأجاب بأجوبة لا يشك سامعها في أنها أجوبة صحيحة لا تكاد تنقض فعليك بالأحياء إن أردت الوقوف عليها فإن هذا الكتاب ليس موضعا لذلك والذي في ذلك أني لا أعتقد تحريمه، ولا إباحته على الإطلاق بل على التفصيل بحسب الأشخاص والأحوال ووجود الشروط وعدمها على ما هو مذكور في كتاب علماء الصوفية وأرباب القلوب أعاد الله علينا من بركاتهم ولا أحرمنا الإيمان بكراماتهم حتى يجتمع علينا مصيبتان: عدم الوصول إلى مرتبتهم وعدم الإيمان بأحوالهم قلت وبهذا التفصيل أقول ومن رأى حالهم اتصف بطريقتهم وحقر نفسه معهم.

وممن كان يبيحه ويرغب الناس في الاجتماع إليه ويحضره من العلماء القرويين المتأخرين الشيخ الصالح العالم الورع أبو عمران موسى بن عيسى المناري كان يقع بين يديه في زاويته المعروفة بالقيروان وهو في خلوته وأجمع أهل عصره على علمه ودينه وشرع في تأليفه على التهذيب وصل فيه إلى صلاة السفر وتكلم فيه بكلام مشبع يعلم فيه فقه فلما نظر في كتاب الغزالي المسمى بالإحياء تفرغ للعبادة ليلا ونهار أيعمر ميعاده بقراءة الرقائق ويعظ الناس وكان لا يحضر ميعاده أهل الدنيا لما يسمعون منه، وكان ممن يعمله لنفسه شيخ الفقراء والصلاح عندنا بالقيروان في عصره الشيخ الصالح الورع الزاهد أبو عبد الله محمد بن عبد العزيز الحريري نفعنا الله به لقد مررت بزاويته، وسمعته نشد فوقفت في الزقاق أسمع وهبت أن أدق الباب لأنه كان مغلقًا وليس على الشيخ دلالة وكان ذلك في جوف الليل ليلة سفره إلى المشرق فأصابني حال عظيم وكاد عقلي أن يزهق، ووددت أني أحضر في حلقته تلك الساعة، وأخرج عن ملك الدنيا بأسرها لو ملكتها.

وبالجملة فإن القرويين من الطلبة والمرابطين يتسامحون في حضوره بأنفسهم ويرغبون العامة في ذلك، وأما المتصدرون بالخطط منهم فهم لا يفعلون ذلك متبعين في ذلك أشياخ التونسيين المنكرين ذلك أتم إنكار مصرحين بتحريم من يفعل ذلك.

(ولا قراءة القرآن باللحون المرجعة كترجيع الغناء وليجل كتاب الله العزيز أن يتلى إلا بسكينة ووقار وما يوقن أن الله يرضى به ويقرب منه مع إحضار الفهم لذلك):

اللحون والألحان جمع لحن بإسكان الحاء قال ابن رشد: فالواجب أن ينزه القرآن عن ذلك، ولا يقرأ إلا على الوجه الذي يخشع به القلب ويزيد في الإيمان وينبغي تفهمه ما عند الله لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلَّذِينَ إِذَا ذُكِرَ ٱللَّهُ وَجِلَتْ قُلُوبُهُمْ وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتُهُۥ زَادَتْهُمْ إِيمَٰنًا﴾ [الأنفال: ٢] الآية وقوله تعالى ﴿أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلْقُرْءَانَ أَمْ عَلَىٰ قُلُوبٍ أَقْفَالُهَآ﴾ [محمد: ٢٤] وقوله ﴿وَإِذَا سَمِعُوا۟ مَآ أُنزِلَ إِلَى ٱلرَّسُولِ﴾ [المائدة: ٣٨] الآية.

والألحان تكره في الشعر فكيف بالقرآن؟ فمن قصد إلى سماع القرآن بالصوت الحسن فهو حسن، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري ذكرنا ربنا لحسن صوته بالقرآن وتجويده لقراءته، وقد اختلف في تأويل قوله ﷺ **«ليس منا من لم يتغن بالقرآن»**(١) اختلافا كثيرًا. وأحسن ما قيل في ذلك أن يكون المعنى فيه: ليس منا من لم يتلذذ بسماع القرآن لرقة قلبه وشوقه إلى ما عند ربه كما يتلذذ أهل الغواني بسماع غوانيهم.

(ومن الفرائض الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على كل من بسطت يده في الأرض وعلى كل من تصل يده إلى ذلك فإن لم يقدر فبلسانه فإن لم يقدر فبقلبه):

المعروف هنا ما أمر الله سبحانه به والمنكر ما نهى عنه والأصل في ذلك ما قاله أبو موسى واستحسنه قال: قال رسول الله ﷺ **«والذي نفسي بيده لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عقابًا منه ثم تدعونه فلا يستجيب لكم»**(٢)، وروى جرير بن عبد الله البجلي أن رسول الله ﷺ قال: **«ما من قوم يعمل فيهم بالمعاصي هم أعز وأكثر ممن يعمله فلا يغيرونه إلا عمهم الله بعقابه»**(٣) ويشترط في ذلك ثلاثة شروط الأول: أن يكون المتولي عالما بما يأمر به، وبما ينهى

---

(١) رواه البخاري (٤/١٩١٨).

(٢) رواه الترمذي (٤/٤٦٨).

(٣) رواه ابن ماجه (٢/١٣٢٩).

عنه. الثاني: أن يأمر أن يؤدي إنكاره المنكر إلى أكبر منه مثل أن ينهى عن شرب الخمر فيؤول نهيه عنه إلى قتل النفس ونحوها الثالث: أن يعلم أو يغلب على ظنه أن إنكاره المنكر مزيل له وأن أمره بالمعروف مؤثر فيه ونافع وفقد أحد الشرطين يمنع الجواز وفقد الثالث يسقط الوجوب فقط ويبقى الجواز والندب.

قال التادلي: واختلف في شرطين وهما العدالة وإذن الإمام والمشهور عدم اشتراطهما واختلف إذا رأى بهيمة تفسد شيئًا على أقوال ثالثها: يجب عليه منعها إن لم تكن فيه مشقة قلت: لا أعرف هذا النقل لغيره وسألت عنه شيخنا أبا مهدي أيده الله فأنكره قائلاً: مقتضى المذهب الوجوب باتفاق نعم يختلف في عزمه إن تركها حتى أفسدت جريا على الخلاف في الترك هل هو كالفعل أم لا؟ وقد علمت النظائر المذكورة في ذلك ويشترط في المنكر ظهوره في الوجود من غير تجسس، ولا يسرق سماعا ولا يستنشق رائحة يتوصل بذلك إلى المنكر ولا يبحث عما أخفى في يده أو ثوبه أو دكانه أو داره فإن السعي في ذلك حرام لقوله تعالى ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾ [الحجرات: ١٢].

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أحس من رجل بالخنا فتسور عليه فرآه على منكر فصاح عليه فقال الرجل: يا أمير المؤمنين إن عصيت الله في واحدة فقد عصيته أنت في ثلاثة فقال: وما هن قال: تجسست وقد قال ولا تجسسوا فقد نهى عنه، وأتيت البيوت من ظهورها وقد أمر الله تعالى إتيانها من أبوابها، ودخلت غير بيتك من غير استئذان وتسليم وقد أمر الله تعالى بذلك فقال عمر: صدقت فاستغفر لنا فقال: غفر الله لنا ولك يا أمير المؤمنين.

(وفرض على كل مؤمن أن يريد بكل قول وعمل من البر وجه الله الكريم ومن أريد بذلك غير الله لم يقبل عمله):

الدليل على ذلك قوله تعالى ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعْبُدُواْ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ﴾ [البينة: ٥] الآية، وقوله تعالى ﴿أَلَا لِلَّهِ ٱلدِّينُ ٱلْخَالِصُ﴾ [الزمر: ٣] وقوله ﷺ: **«إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه»**[1] قال الغزالي: الإخلاص عند علمائنا إخلاصان إخلاص العمل، وإخلاص طلب الأجر فأما إرادة إخلاص العمل فهو التقرب إلى الله تعالى وتعظيم أمره وإجابة دعوته

---

(١) رواه البخاري (١/٣).

وأما إخلاص طلب الأجر فهو إرادة نفع الآخرة بعمل الخير، قلت: وكلام المؤلف كالنص بأن الرياء لو طرأ في أثناء العمل يفسده، وهو كذلك وبه أفتى غير واحد ممن أدركناهم رضي الله عنهم وأرضاهم.

(والرياء هو الشرك الأصغر):

هو أن يريد بعمله غير الله أو يشرك فيه غيره.

(والتوبة فريضة من كل ذنب من غير إصرار والإصرار المقام على الذنب واعتقاد العود إليه):

يريد الكبائر وأما الصغائر فلا تفتقر إلى توبة منها إذا اجتنبت الكبائر وظاهره سواء كان الذنب معلومًا أو مجهولا وهو كذلك قال الشيخ أبو علي ناصر الدين: تجب التوبة من المعلوم تفصيلا ومن المجهول إجمالا وتقدم في العقيدة فروع متعددة في أحكام التوبة هل هي مقطوع بها أم لا؟ إلى غير ذلك.

(ومن التوبة رد المظالم واجتناب المحارم والنية أن لا يعود وليستغفر الله ربه):

قال التادلي: ولا بد من رد المظالم إلى المظلوم أو إلى ورثته ولو أتى على جميع ماله فإن لم يكن له ورثة تصدق به عليه وقال بعضهم: يترك لنفسه ما يترك للمفلس قلت: وهو ضعيف لأن المفلس أخذ مال الغرماء عن طيب أنفسهم فهم عاملوه على إبقاء شيء بيده بخلاف من أخذ له مال كرها فيناسبه أخذ جميع ما بيده.

(ويرجو رحمته ويخاف عذابه ويتذكر نعمته لديه ويشكر فضله عليه بالأعمال بفرائضه وترك ما يكره فعله ويتقرب إليه بما تيسر له من نوافل الخير):

يعني أنه جامع بين الرجاء والخوف ويغلب الرجاء عند الموت ليلقى الله على حسن الظن به وفي الحديث «**أنا عند ظن عبدي بي فليظن بي خيرا**[1]».

(وكل ما ضيع من فرائضه فيلفعله الآن):

قال الفاكهاني: لأن الفرض المطلوب لا يسقط بالنسيان فإذا ضيع فرضه قضى، والأصل في ذلك قوله ﷺ: «**من نسي صلاة أو نام عنها فليقضها إذا ذكرها**»[2] ولا خلاف في ذلك قلت: وأما في الترك في العمد فالخلاف فيه بالنص والتخريج كما قدمنا في محله قال عياض: سمعت بعض شيوخنا يحكي أنه بلغه عن مالك قولة شاذة بسقوط القضاء ولا يصح عنه ولا عن غيره من الأئمة سوى داود بن عبد الرحمن الشافعي

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك (٤/٢٦٨)، وابن حبان (٢/٤٠١) بنحوه.

(٢) تقدم تخريجه.

وإنكار عياض لا ينفيه لأن من حفظ مقدم على من لم يحفظ لقلة الناقلين ولإطلاع بعضهم على من لم يطلع عليه الآخر قال سند يتخرج على قول ابن حبيب بتكفيره لأنه مرتد تاب.

(وليرغب إلى الله في تقبله ويتوب إليه من تضييعه وليلجأ إلى الله فيما عسر عليه من قياد نفسه ومحاولة أمره موقنا أنه المالك لصلاح شأنه وتوفيقه وتسديده لا يفارق ذلك على ما فيه من حسن أو قبيح ولا ييأس من رحمة الله):

قال عبد الوهاب: لأن الله هو المسهل والميسر وبيده التوفيق والتسهيل وقد قال تعالى ﴿ مَّا يَفْتَحِ ٱللَّهُ لِلنَّاسِ مِن رَّحْمَةٍ فَلَا مُمْسِكَ لَهَا ۖ وَمَا يُمْسِكْ فَلَا مُرْسِلَ لَهُۥ مِنۢ بَعْدِهِۦ ﴾ [فاطر: ٢]، وقال تعالى ﴿ وَمَا تَوْفِيقِىٓ إِلَّا بِٱللَّهِ ﴾ [هود: ٨٨] وقال تعالى ﴿ رَبِّ ٱشْرَحْ لِى صَدْرِى ۝٢٥ وَيَسِّرْ لِىٓ أَمْرِى ﴾ [طه: ٢٥، ٢٦]، وقال تعالى ﴿ وَلَا تَا۟يْـَٔسُوا۟ مِن رَّوْحِ ٱللَّهِ ﴾ [يوسف: ٨٧] الآية، وقال تعالى ﴿ وَمَن لَّمْ يَجْعَلِ ٱللَّهُ لَهُۥ نُورًا فَمَا لَهُۥ مِن نُّورٍ ﴾ [النور: ٤٠].

قال التادلي: وأشار الشيخ بقوله وليلجأ إلى الله فيما عسر عليه إلى آخره لجهاد نفسه وهو أعظم من جهاد العدو ولأنه فرض عين ولكونه دائما وكونه متصلاً بالنفس وكونه لا يحصل إلا باستعمال النفس في جميع الطاعات وكفها عن المحرمات بخلاف جهاد العدو في الجميع.

(والفكرة في أمر الله مفتاح العبادة):

فاستعن بذكر الموت والفكرة فيما بعده وفي نعمة ربك عليك وإمهاله لك وأخذه لغيرك بذنبه وفي سالف ذنبك وعاقبة أمرك ومبادرة ما عسى أن يكون قد اقترب من أجلك أشار الشيخ بقوله في أمر الله لقوله ﷺ **«تفكروا في الخلق ولا تتفكروا في الخالق لأنكم لا تقدرون قدره»**(١) وهو معنى قوله تعالى ﴿ وَيَتَفَكَّرُونَ فِى خَلْقِ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ﴾ [آل عمران: ١٩١].

ولقد أحسن من قال من العلماء: المتفكر في ذات الله كالناظر في عين الشمس لأنه ليس كمثله شيء وهو السميع البصير، وقال الحسن بن أبي الحسن «الفكرة مرآة المؤمن ينظر فيها إلى حسناته وسيئاته»، وقال ابن عباس وأبو الدرداء «فكرة ساعة خير من عبادة سنة» وما هو إلا أن تحل أطناب خيمتك فتجعلها في الآخرة، وأخذ أبو سليمان الداراني قدحا من الماء ليتوضأ لصلاة الليل وعنده ضيف فرآه لما أدخل إصبعه في أذن القدح

---

(١) رواه أبو عوانة في مسند الربيع (١/٣٠٩)، وذكره القرطبي (٤/٤١٣).

أقام كذلك مفكرا حتى طلع الفجر فقال له ما هذا يا أبا سليمان؟ فقال له: إني لما طرحت إصبعي في أذن القدح تفكرت قول الله تعالى ﴿ إِذِ ٱلْأَغْلَٰلُ فِىٓ أَعْنَٰقِهِمْ وَٱلسَّلَٰسِلُ يُسْحَبُونَ ۝ فِى ٱلْحَمِيمِ ثُمَّ فِى ٱلنَّارِ يُسْجَرُونَ ﴾ [غافر: ٧١، ٧٢] فتفكرت في حالي وأنا الملقى أن طرح الغل في عنقي يوم القيامة فما زال في ذلك حتى أصبح.

قال ابن عطية: وهذه نهاية الخوف وخير الأمور أوسطها وليس علماء الأئمة الذين هم الحجة على هذا المنهاج وقراءة علم كتاب الله عز وجل ومعاني سنة رسول الله ﷺ لمن تفهم وجاء نفعه أفضل من هذا لكنه يحسن أن لا تخلو البلاد من مثل هذا، وحدثني أبي رحمه الله عن بعض علماء المشرق قال: كنت بائتًا في المسجد الأقدم بمصر فصليت العتمة فرأيت رجلاً قد اضطجع في كساء مسجى بكسائه حتى أصبح وصلينا نحن تلك الليلة وسهرنا فلما أقيمت صلاة الصبح قام ذلك الرجل وصلى مع الناس فاستعظمت جرأته في الصلاة بغير وضوء فلما فرغت الصلاة خرج فاتبعته لأعظه فلما دنوت منه سمعته ينشد:

مسجن الذهن غائب حاضر ... منتبه القلب صامت ذاكر
منقبض في الغيوب منبسط ... كذلك من كان عارفا شاكر
يبيت في ليله أخا فكرة ... فهو مدى الدهر قائم ساهر

قال: فعلمت أنه ممن يعبد الله بالفكرة فانصرفت عنه.

(فاستعن بذكر الموت والفكرة إلى آخره):

قيل: لأن ذكر الموت وما بعده مبغض في الحياة مزهد في الدنيا وإذا حصل الزهد حصل الخير كله أو جله فإن حب الدنيا كما قال ﷺ «**رأس كل خطيئة ومن طال أمله ساء عمله ونسي أجله**» ولا معين على الزهد مثل قصر الأمل.

وفي الحديث «**إذا أصبحت فلا تحدث نفسك بالمساء وإذا أمسيت فلا تحدث نفسك بالصباح وخذ من صحتك لسقمك ومن حياتك لموتك ومن غناك لفقرك ومن شبابك لهرمك**» الحديث.

باب في الفطرة والختان وحلق الشعر واللباس وستر العورة وما يتصل بذلك

إنما أفرد الختان بالذكر دلالة على تأكده فإنه آكد خصال الفطرة وإلا فهو منها.

(ومن الفطرة خمس قص الشارب وهو الإطار وهو طرف الشعر المستدير على الشفة

لا إخفاؤه والله أعلم وقص الشارب ونتف الجناحين وحلق العانة):

الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**الفطرة خمس الختان والاستحداد وقص الشارب وتقليم الأظفار ونتف الآباط**»(١) واختلفت الروايات في هذا الحديث فجاء: الفطرة خمس كما تقدم، وجاء خمس من الفطرة فعلى الأول يكون على الحصر بخلاف الثاني لوجود من التبعيضية فيها وعليها جاء كلام الشيخ في قوله: ومن الفطرة خمس.

قال عياض: ومعناه أن هذه الخصال من سنن الأنبياء عليهم السلام وقيل معناه من الإسلام خمس فإن الفطرة الإسلام قال غير واحد ولم ير مالك باستئصال شعر الشارب وأمر بأدب فاعله لأن حلقه مثله وهو فعل النصارى وإنما يأخذ منه مقدار ما يبدو منه طرف الشارب يبدأ إن قص له غيره بيمين القاص وبيمينه إن قص لنفسه وللقص فوائد: تحسين البشرة وإذهاب الشين وتمكينه من الاستمتاع بالقبلة وعدم إيذائه زوجته بذلك، وقص الأظفار لا حد في البداءة فيه ولذلك أنكر المازري فيه على الغزالي قوله يبدأ بسبابته اليمنى لأنها هي المسبحة ثم ما يليها لأنها من ناحية اليمنى وهي في الشرع أفضل ثم يبتدئ باليسرى ومن خنصرها على صفة دائرة فإذا أتمها ختم بإبهام اليمنى الذي تركه أولا قائلاً: لأنه سر الهندسة والدوائر.

وكذلك يقص أظفاره في أي زمان أحب وما يعتقده العوام من التحرج يوم الأربعاء فلا يعول عليه، قال التادلي: ويكره قصها بالأسنان وهو مما يورث الفقر وكذلك طرح القمل وترك العنكبوت في البيت واستخدام الأحرار قال ابن العربي في سراجه: إنما شرع في شعر الجناحين النتف لأنه أشد ذهابًا لإنبات الشعر وأما الحلق فيقويه وإنما لم يشرع في العانة للمشقة اللاحقة في ذلك قال الباجي: ولا تحلق المرأة عانتها لأنه يضر بالزوج لاسترخاء المحل بذلك اتفاقًا من الأطباء.

(ولا بأس بحلاق غيرها من شعر الجسد):

ظاهر كلامه جواز حلق شعر اليدين ولا أعرف في ذلك نصًّا في المذهب وعن غير واحد كالفاكهاني الخلاف فيه للعلماء وإنما قال من شعر الجسد احتراز من شعر اللحية والرأس لأن حلقهما بدعة.

(والختان في الرجال سنة والخفاض للنساء مكرمة وأمر النبي أن تعفى اللحية وتوفر ولا تقص):

---

(١) رواه البخاري (٥/٢٢٠٩).

ما ذكر من أن الختان سنة ويريد بتأكيد مثله لابن يونس وروى ابن حبيب هو من الفطرة لا تجوز إمامة تاركه اختيار ولا شهادته قال الباجي: لأنها تبطل بترك المروءة ولو أسلم وقد قدمنا الخلاف فيما إذا أسلم شيخ كبير يخاف على نفسه إن هو اختتن هل يتركه أم لا؟ على قولين لابن عبد الحكم وسحنون وذكرنا أن قوله والخفاض للنساء مكرمة هو خلاف رواية الباجي وغيره والخفاض كالختان.

(قال مالك ولا بأس بالأخذ من طولها إذا طالت كثيرًا إلى آخره):

يريد أن ذلك خير من غيره وكذلك يستحب الأخذ من عرضها قال عياض: واختلف السلف هل لذلك حد أم لا؟ فالمعروف أنه لا حد له إلا أنه لا يتركها نحو الشهر، ومنهم من قال في حدها بما زاد على القبضة فيزال ومنهم من كره الأخذ منها جملة إلا في الحج والعمرة، قال مالك: وبلغني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نهى أن يحلق ما تحت اللحية إلى الغلصمة وقيل أنه من فعل المجوس وأنا أكره حلق الرقبة إلا لمن أراد أن يحتجم وأكره تحديد اللحية والشارب بالموس من جهاتها تحسينا وتزينا وإنما ذلك من زي النساء.

(ويكره صباغ الشعر بالسواد من غير تحريم ولا بأس بالحناء والكتم):

قال الفاكهاني: أما السواد ففي المذهب قولان بالكراهة والجواز ووجه الكراهة قوله ﷺ: «غيروا الشيب ولا تشبهوا باليهود»[1] خرجه النسائي وأطلقه النبي ﷺ ولم يقيد سواد من غيره وفي غيره قولان بالندب والإباحة، قلت: وكلام الشيخ يحتملهما والأقرب له الإباحة والحناء ممدود قاله عياض والكتم بفتح الكاف والتاء نبت يخلط بالوسمة فيختضب به قاله الجوهري.

(ونهى الرسول عليه السلام الذكور عن لباس الحرير وتختم الذهب وعن التختم بالحديد):

لا خلاف في المذهب أن لبسه حرام على الذكور وجائز للنساء في حال الحياة وفي المذهب قولان متقابلان بالجواز مطلقًا ذكرهما المازري وأما التكفين فيه فقد قدمنا أن في المذهب ثلاثة أقوال ثالثها: يجوز للنساء وأجاز ابن حبيب للرجل أن يلبس الحرير لحكة وأجازه ابن الماجشون في الجهاد ورواه عن مالك والمشهور المنع.

واختلف هل يجوز افتراشه والاتكاء عليه أم لا؟ فقيل إنه جائز قاله ابن الماجشون قال أبو محمد وهو خلاف قول مالك، وظاهر المذهب أنه لا يجوز لزوج

---

(١) رواه الترمذي (٤/٢٣٢)، وابن حبان (١٢/٢٨٧).

المرأة الجلوس عليه تبعًا لها وقال ابن العربي: ذلك جائز قال بعض شيوخنا ولا أعرفه لغيره والتختم بالذهب جائز للنساء ممنوع للرجال واختلف فيمن صلى به فقيل يعيد في الوقت وقيل لا وكذلك القولان فيمن صلى بخاتم فيه تماثيل نقله ابن هارون ولا أعرفهما إلا في خاتم الذهب واختلف المذهب إذا صلى بثوب حرير على ثلاثة أقوال حكاها ابن الحاجب فقال: ولو صلى بالحرير مختارًا عصى وثالثها: تصح إن كان ساترا غيره، ولا توجد الأقوال هكذا لغيره، وما ذكر الشيخ من النهي عن تختم الحديد قال المغربي: هو خلاف ظاهر المدونة لقولها في باب الإحداد لا تلبس حليا ولا قرطًا ولا خاتم حديد فمفهوم كلامه أنه لغير الحاد من النساء جائز وعليه يدل قوله ﷺ «التمس ولو خاتما من حديد»[1].

(ولا بأس بالفضة في حلية الخاتم والسيف والمصحف):

ظاهر كلام الشيخ أن تحلية ما ذكر بالذهب منهي عنه وهو كذلك بالنسبة إلى الخاتم باتفاق وإلى السيف في قول وقيل إنه جائز وأما بالنسبة إلى المصحف فقيل مكروه رواه ابن عبد الحكم وقال به وقيل أنه جائز ورواه ابن المواز وهو في الموطأ والقولان حكاهما ابن رشد.

(ولا يجعل ذلك في لجام ولا سرج ولا سكين ولا في غير ذلك ويتختم النساء بالذهب ونهي عن التختم بالحديد):

اختلف المذهب هل يجوز تحلية باقي آلة الحرب على ثلاثة أقوال: فقيل: جائز وقيل: لا يجوز وهو ظاهر كلام الشيخ، وقيل: يجوز فيما يطاعن به ويضارب لا فيما يتقي به ويتحزم، واختلف هل يجوز للمرأة أن تعمل قبقابا من فضة أم لا؟ فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: لا يجوز ولم يرتضه أبو حفص العطار واختار الجواز ذكر ذلك في تعليقه في كتاب الصرف، قال شيخنا أبو مهدي: وتصوره المسألة في قبقاب لا مفهوم له وكذلك يختلف في قبقاب الذهب لأن مستند من أجاز كون قبقابها من حليها كخلخالها قلت: ولذلك أطلقت فرض المسألة في قولي في الزكاة من هذا التعليق والقبقاب للمرأة فيه قولان حكاهما أبو حفص العطار وما عدا ما ذكر فإنه محرم باتفاق.

(والاختيار مما روي في التختم التختم في اليسار لأن تناول الشيء باليمين فهو يأخذه بيمينه ويجعله في يساره):

ما ذكر الشيخ هو مذهب جمهور العلماء لأنه يتناوله بيمينه ويجعله في شماله، قال

---

(١) رواه البخاري (١٩٧٣/٥).

ابن رشد: من السلف من يختار التختم في اليمين وقد روي ذلك عن النبي ﷺ والوجه في ذلك أنه من اللباس والزينة فيؤثر به اليمنى على اليسرى كما تؤثر الرجل اليمنى على اليسرى بما جاء به من السنة في الانتعال بأن ينعل اليمنى أولا ويخلع اليسرى قبلها لتكون اليمنى أكثر استعمالا للباس منها وقد يكون فيه اسم الله تعالى فلا يحتاج إذا تختم في يمينه أن يخلعه عند الاستنجاء لأن ذلك يستحب فيمن تختم في شماله.

(واختلف في لباس الخز فأجيز وكره وكذلك العلم في الثوب من الحرير وإلا الخط الرقيق):

لا خصوصية لقول الشيخ الخز بل الخلاف فيه وفي غيره ويتحصل في ذلك أربعة أقوال: فقيل إن ذلك مكروه وقيل إنه جائز وكلاهما ذكره الشيخ وقيل يمنع لباس الخز وغيره وظاهر قائله التحريم وقيل يجوز الخز ولا يجوز غيره اتباعا للعمل، قال ابن رشد وهو أضعف الأقوال إذ لا فرق في القياس بين الخز وغيره من المحررات التي قيامها حرير ولحمتها قطن أو كتان لأن الذي من أجله استجاز لبس الخز من السلف وذلك أنه ليس بمحرم محض في موجود المحررات وشبهها فلذلك استجازوا لباسها لا من أجل أنه خز إذ لم يأت أثر بالترخيص لهم في ثياب الخز فيختلف في قياس غيره عليه قال: والقول بالكراهة هو أولى الأقوال بالصواب لأن ما اختلف العلماء فيه لتكافؤ تحريمه وتحليله فهو من الشبهات التي قام فيها رسول الله ﷺ من اتقاها فقد استبرأ لدينه وعرضه، فعلى هذا القول يأتي ما يحكى عن مطرف أنه رأى على مالك ساج أبريسم كساه إياه هارون الرشيد إذ لم يكن يلبس ما يعتقد أنه يأثم بلبسه.

واعلم أن الخز ما سداه حرير ولحمته وبر الإبل قاله ابن رشد، وأما العلم فاختلف فيه على ثلاثة أقوال: فقيل إنه جائز وإن عظم قاله ابن جبير وقيل إنه يجوز قدر الإصبع فقط رواه أبو مصعب وقيل إنه منهي عنه إذا كان قدر الإصبع رواه ابن القاسم ومراده به الكراهة والتحريم فيما زاد.

(ولا يلبس النساء من الرقيق ما يصفهن إذا خرجن):

قال عبد الوهاب هذا لقوله تعالى ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ [النور: ٣١] وإذا لبسن ما لا يستر أبدانهن فقد أبدينها ولقوله تعالى ﴿ غَيْرَ مُتَبَرِّجَٰتٍۭ بِزِينَةٍ ﴾ [النور: ٦٠] وهذا من التبرج فوجب منعه وفي ذلك قال النبي ﷺ: **«ورب كاسية في الدنيا عارية في الآخرة ورب كاسيات عاريات مائلات مميلات لا يدخلن**

الجنة ولا يجدن ريحها[١]».

(ولا يجر الرجل إزاره بطرًا ولا ثوبه من الخيلاء وليكن إلى الكعبين فهو أنظف لثوبه وأتقى لربه).

هذا لما في البخاري عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من جر ثوبه خيلاء لم ينظر الله إليه يوم القيامة»[٢] وفي مسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «بينما رجل يتبختر في برديه وأعجبته نفسه فخسف الله به فهو يتجلجل فيها إلى يوم القيامة»[٣] وفي النسائي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إزرة المؤمن إلى أنصاف ساقيه لا جناح عليه فيما بينه وبين الكعبين وما أسفل من ذلك ففي النار لا ينظر الله عز وجل إلى من يجر ثوبه بطرًا»[٤].

وقول الشيخ فهو أنظف لثوبه وأتقى لربه معلوم بالمشاهدة وذلك حد ما قيل في قوله تعالى ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ﴾ [المدثر: ٤] أي فقصر.

(وينهى عن اشتمال الصماء وهي على غير ثوب يرفع ذلك من جهة واحدة ويسدل الأخرى وذلك إذا لم يكن تحت اشتمالك ثوب واختلف فيه على ثوب):

ما ذكره الشيخ من الاختلاف إذا كان الاشتمال على ثوب هو لمالك قال ابن رشد: فوجه المنع من ذلك اتباع ظاهر الحديث فحمله على عمومه ولئلا يكون ذريعة للجاهل الذي لا يعلم العلة في ذلك فيفعله ولا إزار عليه إذا رأى العالم يفعله وعليه إزار.

(ويؤمر بستر العورة وإزرة المؤمن إلى أنصاف ساقيه والفخذ عورة وليس كالعورة نفسها):

قد قدمنا أن ستر العورة عن أعين الناس لا خلاف في وجوبه وفي الخلوة قولان المشهور أنه مستحب وقيل إنه واجب حكاه ابن رشد وعلى الأول فقيل إنه واجب في الصلاة شرط وقيل ليس بشرط وقيل سنة وأن في عورة الرجل ستة أقوال: فقيل سوأتاه خاصة قاله أصبغ وقيل سوأتاه وفخذاه قاله ابن الجلاب وقيل من السرة حتى الركبة وقيل السوأتان مثقلة وإلى سرته وركبته مخففة قاله الباجي وظاهره خروج السرة والركبة وقيل الفخذ عورة وليس كالعورة نفسها كما قال الشيخ على أنه يمكن أن يرجع إلى ما

(١) رواه ابن أبي الشيبة (٥٣٠/٧)، والبيهقي في الشعب(١٦٦/٦) بنحوه.
(٢) رواه البخاري (١٣٤٠/٣)، والبيهقي في الكبرى (٢٤٣/٢).
(٣) رواه الطبري في التفسير (٤٣/١٧) بنحوه.
(٤) رواه ابن حبان (٢٦٢/١٢)، وابن ماجه (١١٨٣/٢).

قال ابن الجلاب: وقول الشيخ وإزرة المؤمن إلى أنصاف ساقيه يريد في حق الرجال وأما النساء فقد جاء في الترمذي أنهن يرخين ذراعا لا يزدن على ذلك شيء قال حديث حسن صحيح ولو ذكر الشيخ قوله هذا عقب المسألة السابقة لكان أنسب.

(ولا يدخل الرجل الحمام إلا بمئزر):

قال في المدونة: في كتاب الدور والأرضين: لا بأس بكراء الحمام قال المغربي: فيؤخذ منه جواز دخول الحمام وهو على ثلاثة أوجه الأول: دخوله مع زوجته أو جاريته أو وحده فيباح الثاني: دخوله مع قوم لا يستترون فممنوع، الثالث: مع قوم مستورين فمكروه إذ لا يأمن أن ينكشف بعضهم فيقع بصره على ما لا يحل وقيل في هذا الوجه هو جائز فعلى القول بالجواز يصح بعشرة شروط ذكرها ابن شاس.

قلت: قال رحمه الله تعالى قال القاضي أبو بكر: فإن استتر الداخلون فيصح دخوله بعشرة شروط: **الأول**: أن لا يدخلن إلا بنية التداوي أو بنية الطهر، **الثاني**: أن يقصد أوقات الخلوة أو قلة الناس، **الثالث**: أن يستر عورته بإزار صفيق، **الرابع**: أن يطرح بصره إلى الأرض أو يستقبل الحائط لئلا يقع بصره على محظور، **الخامس**: أن يغير ما يرى من منكر برفق بقول استر سترك الله، **السادس**: أن لا يدلكه أحد ولا يمكن من عورته من سرته إلى ركبته إلا امرأته أو جاريته. وقد اختلف في الفخذين هل هما عورة أم لا؟ **السابع**: أن يدخل بأجرة معلومة بشرط أو عادة، **الثامن**: أن يصب من الماء قدر الحاجة، **التاسع**: إن لم يقدر على دخوله وحده اتفق مع قوم يحفظون أديانهم في كرائه، **العاشر**: أن يتذكر به عذاب جهنم فإن لم يمكنه ذلك فليدخل وليجتهد في غض البصر، وإن غض وقت الصلاة فيه استتر وصلى على موضع متطهر.

(ولا تدخله المرأة إلا من علة):

قال عبد الوهاب: دخول النساء في هذا الوقت يمنعن منه إلا لعلة أو حاجة إلى الغسل من حيض أو نفاس أو شدة برد لأن جميع بدنها عورة لا يجوز لها أن تظهره لرجل ولا لامرأة.

وقيل إنما منع ذلك لما لم تكن لهن حمامات دون التحريم منفردة فأما اليوم مع انفرادهم فلا يمنعن ثم إذا دخلن فليسترن جميع الجسد، قال ابن رشد: حدهن في الدخول الكراهة دون التحريم قال: ولا يلزمها من الستر مع النساء إلا ما يلزم الرجل ستره ورأى أن النساء مع النساء كالرجال مع الرجال واشتهر ذلك بما أجمع عليه العلماء من أن النساء يغسلن النساء كما يغسل الرجال الرجال قال: وما ذكره عبد الوهاب من أن الحمام محرم عليهن لا أعلمه نصًّا عن النبي ﷺ.

وقد ذكر عنه عليه السلام في كتاب الجامع من المعونة: الحمام بيت لا ستر فيه لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يدخله إلا بمئزر ولا امرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تدخله إلا من علة فإن صح هذا عن النبي ﷺ فمعناه على ما جرى عليه عادتهن من دخولهن إياه غير مستترات قال: وأما ما قاله من أن بدن المرأة عورة لا يحل أن يراه رجل ولا امرأة فليس بصحيح إنما هي عورة على الرجل فقط، وذكر في الرد عليه ما تقدم من الإجماع وغيره.

وسلك أبو بكر طريق عبد الوهاب فقال: لا سبيل إلى دخولهن لأن جميع المرأة عورة للرجال والنساء ألا ترى إلى قوله ﷺ **«أفضل صلاة المرأة في بيتها لما فيه من الستر»**[1] ولم يؤذن لها في الحج أن تكشف إلا وجهها ويديها فتدخله مع زوجها إذا احتاجت إليه.

قلت: ولا شك أن دخوله اليوم حرام عندنا للنساء لأنهن لا يستترن وكذلك الرجال في الأعم الأغلب إلا المشهور في الدين والفضل وأما غيره فوجود المئزر إنما هو كالعدم قال بعض شيوخنا وذكر شيخنا ابن عبد السلام في درسه أن من له النظر الشرعي كان أمر الحمامين باتخاذ أزرًا للنساء كما هو اليوم، للرجال فصار النساء يتضاربن بالأزر على وجه اللعب فصارت المصلحة زيادة في المفسدة.

وفي أحكام السوق ليحيى بن عمر كتب بعض قضاة عبد الله بن طالب: أن أهل المرسى قد شكوا من حمام عندهم للمنكر الذي فيه فكتب إليه أن يحضر المتقبل للحمام فأمر أن لا يدخلنه إلا بمئزر فإن تعدى النهي فأغلق الحمام وصير المتقبل للسجن قيل ليحيى أيعجبك قال نعم وما ذهب إليه يجري على الأدب بالمال وقد ذكرنا أن ابن سهل حكى في ذلك أربعة أقوال فانظرها فيما سبق عند قول الشيخ ومن مثل بعبده مثلة بينة.

(ولا يتلاصق رجلان ولا امرأتان في لحاف واحد):

يعني سواء كانا قريبين أو أجنبين وكذلك يفرق بين الصبيان في المضاجع عند بلوغ سنهم سبع سنين عند ابن القاسم وعشرا عند ابن وهب والأصل فيما ذكر الشيخ ما رواه أبو داود عن النبي ﷺ من رواية أبي سعيد الخدري أنه قال **«لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحد ولا تفضي المرأة إلى المرأة في ثوب واحد»** وظاهر الحديث جواز اضطجاع الرجلين

---

(١) ذكره الشوكاني في نيل الأوطار (٣/١٦٠) بنحوه.

أو المرأتين في الكساء الواحد إذا تعاكساه بحيث يكون وسط الكساء حائلا بينهما وبه أفتى بعض من لقيناه من القرويين رحمه الله تعالى، وغفر لنا وله.

(ولا تخرج امرأة إلا مستترة فيما لا بد لها منه من شهود موت أبويها أو قرابتها أو ذي نحو ذلك مما يباح لها ولا تحضر من ذلك ما فيه نوح نائحة أو لهو من مزمار أو عود وشبهه من الملاهي الملهية إلا الدف في النكاح):

ما ذكر الشيخ هو المشهور وذكر ابن حبيب خروجهن في جنازة قريب قال وينبغي للإمام أن يمنعهن من الخروج وقد أمر النبي ﷺ بطرد امرأة وقال للنساء في جنازة «**أتحملنه**» قلن لا فقال «**أفتدخلنه في قبره**» قلن لا فقال «**أفتحثين عليه التراب**» قلن لا قال «**فارجعن مأزورات غير مأجورات**» وكان مسروق يحثو في وجوههن التراب ويطردهن فإن رجعن وإلا رجع وكان يفعل الحسن كذلك ويقول لا ندع حقا لباطل.

وقال النخعي: كانوا إذا خرجوا بالجنازة أغلقوا الأبواب على النساء وقال ابن عمر: ليس للنساء في الجنازة نصيب وحيث تخرج فإنها لا تخرج إلا بشروط خمسة **الأول**: أن يكون خروجها طرفي النهار وما لم تضطر إلى الخروج في غيرهما اضطرارا فادحا، **الثاني**: أن تلبس أدنى ثيابها، **الثالث**: أن تمشي في حافتي الطريق دون وسطه حتى تبعد عن الرجال، **الرابع**: أن لا يكون عليها ريح طيبة، **الخامس**: أن لا يظهر عليها ما يحرم على الرجال النظر إليه غير الوجه والكفين ما لم يكن النظر إلى وجهها يؤدي إلى الفتنة فيجب عليها ستره.

(وقد اختلف في الكبر):

قال ابن رشد: اتفق أهل العلم على إجازة الدف وهو الغربال في العرس وفي الكبر والمزهر ثلاثة أقوال: الجواز قاله ابن حبيب والمنع قاله أصبغ في سماعه وهو الآتي على ما في سماع سحنون ابن القاسم أن بيع الكبر فسخ بيعه وأدب فاعله والمزهر أحرى بذلك، وجواز الكبر دون المزهر وهو قول ابن القاسم هنا في سماع عيسى من كتاب الوصايا وعليه سماع عيسى القطع بقيمته في الكبر صحيح ولابن كنانة في المدونة إجازة البوق في العرس فقيل معناه في البوقات والمزامر التي لاتلهي كل اللهو.

واختلف فيما أجيز من ذلك فالمشهور ما يستوي فعله وتركه في نفي الحرج في الفعل ونفي الثواب في الترك وقيل من الجائز الذي تركه خير من فعله لما في تركه من الثواب لأن فعله حرج وعقاب وهو قول مالك في المدونة أنه كره الدفوف والمعازف وغيرهما، قلت: وما نسبه للمدونة صحيح هو نص في الجعل والإجارة منها، قال

الفاكهاني: ولا أدري ما المراد بالكبر والذي يغلب على ظني أنه الطبل والله أعلم. فأما المزهر فهو المغشى من الجهتين قلت: الكبر في عرفنا هو الذي يقال له الشقف وهو في الحقيقة الطبل فهو كما قال الشيخ.

(ولا يخلو رجل بامرأة ليست منه بمحرم ولا بأس أن يراها لعذر من شهادة عليها أو نحو ذلك وإذا خطبها وأما المتجالة فله أن يرى وجهها على كل حال):

لا خلاف أنه لا يجوز أن يخلو الرجل بالمرأة الأجنبية من حيث الجملة ولذلك اختصر البراذعي من مسألة صبيان الأعراب تصيبهم السنة سؤالا وجوابًا لما فيها من الخلوة بالأجنبية لكثرة ملازمته لكونه مربيها فغالب الأمر أنه لا بد أن يخلو بها وفي إجارة المدونة أكره للعازب مؤاجرة غير ذي محرم منه حرة كانت أو أمة وللخمي فيها تفصيل: إن كان عازبًا لم يجز وإن كان مأمونا وكان له أهل وهو مأمون جاز وإلا لم يجز وإن كانت متجالة لا إرب فيها للرجال جاز، وكذلك الشابة مع الشيخ.

وقال شيخنا أبو مهدي أيده الله تعالى لا نص في خلوة الرجل مع خادم زوجه والظاهر أنه بحسب الأشخاص فإذا وثق بنفسه جاز ولا ينتقض بالحرة لأن النفس مجبولة على الميل إليها وإن كانت كبيرة وتقدم الخلاف في النكاح في عبد المرأة الوغد هل ينظر إلى شعرها أم لا؟ على قولين والمشهور لابن عبد الحكم قائلاً: ولا يخلو معها في بيت، وكذلك تقدم عن قرب هل يستغفل الخاطب من يخطبها أم لا؟ على قولين بالكراهة والجواز لمالك وابن وهب.

(وينهى النساء عن وصل الشعر وعن الوشم):

إنما خص الشيخ النساء بالذكر لأنهن يرغبن في ذلك أكثر من الرجال وإلا فالحكم سواء وظاهر كلام الفاكهاني أنه لم يقف على نص في الرجال لقوله والظاهر أن النساء والرجال في النهي سواء ونص البلنسي على أنه لا يجوز للرجال أن يضفروا رءوسهم، وقبله التادلي ولم يذكر غيره وذكر المغربي في كتاب الطهارة الضفر في حق الرجال مباح ولم يحك غيره والأصل فيما ذكر الشيخ قوله ﷺ **«لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة»**[1].

قال عبد الوهاب: ومعنى ذلك أن فيه ضربًا من الغرور وتغيير الخلقة وذلك غير جائز، وقال غيره من المتأخرين من أصحابنا: أن الوشم في جميع الجسد مكروه، قال الفاكهاني: فإن أراد به كراهة التحريم فهو المنطبق على معنى الحديث إذ من فعل

---

(١) رواه البخاري (٥/٢٢١٦)، والترمذي (٥/١٠٥).

المكروه كراهة التنزيه لا يستحق اللعنة بإجماع وإن أراد الكراهة على بابها أشكل كلامه لما قدمناه، وقال ابن رشد: لا يجوز للمرأة أن توصل شعرها ولا توشم وجهها ولا يديها ولا تحدد أسنانها، قلت: وأما ربط خيوط الحرير الملونة ونحوها مما لا يشبه الشعر فليس منهيا عنه لأنه ليس بوصل ولا مقصود للوصل وإنما المراد به التجمل والتحسن. قال عياض: في الإكمال.

قال المغربي: وأما ثقب الأذن للأخراص فقد نص بعض الشيوخ على جوازه ومنعه الغزالي وانظر هل يقوم الأول من قول المدونة ولا تلبس الحاد حليا ولا قرطًا ولا خاتما أم لا؟ قال ابن رشد: ويجوز لها أن تخضب يديها ورجليها بالحناء واختلف في تطريف أصابع يديها بالحناء فأجيز ومنع.

(ومن لبس خفا أو نعلا بدأ بيمينه وإذا نزع بدأ بشماله):

قال الشيخ محيي الدين النواوي في شرح مسلم في قول عائشة رضي الله عنها: كان رسول الله ﷺ يعجبه التيامن في تنعله وترجله وطهوره وفي شأنه كله هذه قاعدة مستمرة في الشرع وهي أن ما كان من باب التكريم والتشريف كلبس الخف والسروايل ودخول المسجد والسواك وغسل أعضاء الوضوء، وتقبيل الحجر الأسود وغير ذلك مما يستحب التيامن فيه فأما ما كان مثل دخول الخلاء والخروج من المسجد والاستجمار والاستنجاء وخلع الثوب والسروايل وما أشبه ذلك فيستحب التياسر فيه وذلك لكرامة اليمنى وشرفها.

(ولا بأس بالانتعال قائمًا):

قال عبد الوهاب: ذلك كالانتعال جالسًا لا فرق وقد روي من حديث إبراهيم بن طاهر عن ابن الزبير عن جابر أن النبي ﷺ نهى أن ينتعل الرجل قائمًا ويشبه ذلك في مثل النعل العربي لقلة تمكنه من لبسها مع القيام فإن تمكن فلا بأس، قال الفاكهاني: وروي عن علي رضي الله عنه، ولم أره أنا بل سمعته من غير رواية أنه نهى عن التعمم قاعدا وعن التسرول قائمًا والله أعلم بصحة ذلك.

(ويكره المشي في نعل واحدة):

لأن الشيطان يمشي في نعل واحدة كما جاء في الحديث قال عبد الوهاب وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يمشي أحدكم في نعل واحدة ولينعلهما جميعا أو ليضعهما جميعا لأن ذلك ضرب من الهمزة والخروج عن**

العادة»[١] ولهذا قلنا نحن أن من أتلف إحدى نعلين أو خفين أو ما لا يستغنى أحدهما عن الآخر أنه كالتالف للجميع، وكذلك إذا وجد بأحدهما عيبا.

وقد اختلف المذهب فيمن انقطع أقفال نعليه وهو يمشي هل يقف حتى يصلح الأخرى أم لا؟ فأجاز ذلك ابن القاسم ومنعه أصبغ والظاهر، قول ابن القاسم لأن الوقف ليس بمشي ولا يجوز على قوليهما جميعا أن يمشي في نعل واحدة وهو يصلح الأخرى، قلت ولا بأس بالمشي في النعل الواحدة للمقطوع الرجل الأخرى قاله كبار الشيوخ وهو واضح لعذره ولا يختلف فيه.

(وتكره التماثيل في الأسرة والقباب والجدران وفي الخاتم وليس الرقم في الثوب من ذلك غيره أحسن):

ما ذكر الشيخ نحوه قول صلاة المدونة تكره التماثيل التي في الأسرة والقباب والمنابر وليس كالثياب والبسط التي تمتهن، واعلم أن التماثيل المصورة على صورة الإنسان أو صفة شيء من الحيوان مما له ظل قائم على صفة ما يحيا يوم القيامة يحرم لقوله ﷺ: «**إن أصحاب هذه الصورة يعذبون يوم القيامة ويقال لهم أحيوا ما خلقتم**»[٢].

الثاني: مباح عند الأكثر مطلقًا وهو كل تمثال لم يكن على صورة حيوان كصورة النخل والسفن والفواكه وما أشبه ذلك، وكره مجاهد تصوير الشجرة المثمرة قال عياض: ولم يقله غيره.

والثالث: مختلف فيه وذلك كالرسوم في الحيطان والرقم في الستور التي تنتشر والحصر التي تفرش والوسائد التي يرتفق بها ويتكأ عليها، وقد اختلف أهل العلم في ذلك على أربعة أقوال: التحريم مطلقًا والإباحة مطلقًا والإباحة فيما عدا المرسوم منها في الحيطان والجدران.

والرابع: إباحة ما عدا المرسوم منها في الستور التي تعلق ولا تمتهن بالبسط لها والجلوس عليها.

باب في الطعام والشراب

(وإذا أكلت أو شربت فواجب عليك أن تقول باسم الله وتتناول بيمينك فإذا فرغت فلتقل الحمد لله):

---

(١) رواه البخاري (٥/٢٢٠٠)، والبيهقي في الشعب (٥/١٧٨).

(٢) رواه البخاري (٥/١٩٨٦)، ومسلم (٣/١٦٦٩).

يريد: إذا أردت الأكل والشرب كقوله تعالى ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيْطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ﴾ [النحل: ٩٨] عند الأكثر وكقوله ﷺ **«من أتى الجمعة فليغتسل»**[١] والأصل فيما ذكر الشيخ ما خرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن أبي سلمة قال كنت في حجر رسول الله ﷺ وكانت يدي تطيش في الصحفة فقال لي: **«يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك**[٢]**»**.

وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ **«إذا أكل أحدكم طعامًا فليقل باسم الله في أوله والحمد لله في آخره»** قال هذا الحديث حسن صحيح، وفي مسلم عن أبي عمر أن رسول الله ﷺ قال **«إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه وإذا شرب فليشرب بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله»**[٣] وفيه أيضًا عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ **«إن الله ليرضى عن العبد يأكل الأكلة فيحمده عليها أو يشرب الشربة فيحمده عليها»**[٤].

قال الفاكهاني: وقول الشيخ فواجب عليك أن تقول باسم الله أي وجوب السنن التي لا إثم على من تركها قال ابن الحاجب، ويستحب للمرء أن يسمي الله عن طعامه وشرابه، قلت: وأراد بقوله يستحب السنة لأنها عبارة العراقيين الذين يطلقون على السنة الاستحباب كما تقدم له في غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء.

قال الفاكهاني: قال بعض من شرح الرسالة: وليس له أن يقول الرحمن الرحيم فإن فعل فلا شيء عليه، قلت: واختار شيخنا أبو مهدي رحمه الله تعالى راجحية الرحمن الرحيم ويكفي باسم الله فقط وبه أقول.

(وحسن أن تلعق يدك قبل مسحها):

خرج مسلم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: **«إذا أكل أحدكم طعامًا فليلعق أصابعه فإنه لا يدري في أيتهن البركة»**[٥].

(ومن آداب الأكل أن تجعل بطنك ثلثا للطعام وثلثا للماء وثلثا للنفس):

هذا لما في الترمذي عنه ﷺ **«ما ملأ ابن آدم وعاء شرا من البطن حسب ابن**

---

(١) رواه الترمذي (٢/٣٦٤)، وابن ماجه (١/٣٤٦)، وابن حبان (٤/٢٥).

(٢) رواه البخاري (٥/٢٠٦٥)، ومسلم (٣/١٥٩٩).

(٣) رواه مسلم (٣/١٥٩٨).

(٤) رواه مسلم (٤/٢٠٩٥)، والترمذي (٤/٢٦٥).

(٥) ذكره النووي على شرح المسلم (١٣/٢٠٧).

آدم لقيمات يقمن صلبه فإن كان ولا محالة فثلثا لطعامه، وثلثا لشرابه وثلثا لنفسه»[١]، وقال حديث حسن صحيح، وقال إبراهيم بن أدهم رضي الله عنه: صحبت أكثر رجال الله في جبل لبنان فكانوا يوصوني إذا رجعت إلى أبناء الدنيا فعظهم بأربع قل لهم: من يكثر الأكل لا يجد لذة العبادة ومن ينام كثيرًا لم ير في عمره بركة ومن طلب رضى الناس فلا ينظر رضى الرب، ومن يكثر الكلام بالفضول والغيبة فلا يخرج من الدنيا على دين الإسلام.

قال سهل رحمه الله: الخير كله في هذه الخصال الأربعة وبهذا صارت الأبدال أبدالا أخماص البطون والصمت والاعتزال عن الخلق وسهو الليل، قال بعض العراقيين: الجوع رأس مالنا ذكره الغزالي في منهاج العابدين ولا شك أن الشبع من الجوع فقط وقد سأل سحنون وابن سعيد كل شيء يعمل على الشبع إلا ابن آدم فإذا شبع رقد.

(وإذا أكلت مع غيرك أكلت مما يليك ولا تأخذ لقمة حتى تفرغ الأخرى):

قال ابن رشد: هذا إذا كان الطعام صنفا واحدًا كالثريد واللحم وشبهه وأما إذا كان أصنافا مختلفة كأنواع الفاكهة في طبق مما يختلف أغراض الآكلين فلا بأس للرجل أن يتناول ما بين يدي غيره، وذلك منصوص عن النبي ﷺ إذا أكل الرجل مع أهله وبنيه له أن يتناول مما بين أيديهم إذ لا يلزمه أن يتأدب معهم ويلزمهم أن يتأدبوا معه في الأكل فإن لم يفعلوا أمرهم بذلك كما فعله النبي ﷺ لعمر بن أبي سلمة، ومن أدب الأكل إذا أكل الرجل مع القوم أن يصغر اللقمة ويترسل في الأكل وإن خالف ذلك عادته فيه.

(ولا تتنفس في الإناء عند شربك ولتبن القدح عن فيك ثم تعاوده إن شئت):

هذا لما في النسائي عن أنس عن رسول الله ﷺ قال **«إذا شرب أحدكم فليتنفس ثلاث مرات فإنه أهنا وأهدى»**[٢] وفي مسلم عن أبي قتادة عن النبي ﷺ أنه نهى عن النفخ في الشراب فقال له رجل: يا رسول الله لا أروى من نفس واحدة فقال رسول الله ﷺ: **«فبن القدح وتنفس»**[٣].

(ولا تعب الماء عبًا ولتمصه مصا وتلوك طعامك وتنعمه مضغا قبل بلعه):

هو بفتح العين لأمره ﷺ بالمص وقول الشيخ وتلوك طعامك معلوم وجهة العادة لكونه أنفع في الأدب.

---

(١) رواه النسائي (٤/١٧٧)، وابن ماجه (٤/١١١١).

(٢) رواه ابن حبان (١٢/١٤٧).

(٣) ذكره الحافظ في مقدمة فتح الباري(١/٩١).

(وتنظف فاك بعد طعامك):

لأن الفم محل الأذى فكان المطلوب تنظيفه على حسب الإمكان.

(وإن غسلت يدك من الغمر واللبن فحسن):

الغمر بفتح الغين ريح اللحم والسمن قاله الجوهري ولم يحك الفاكهاني غيره وهو خلاف قول عياض الغمر بفتح الغين المعجمة وفتح الميم هو الودك وزاد غيره وبسكونها الماء الكثير وأما بضم الغين وسكون الميم فهو الرجل الجاهل وبكسر الغين هو الحقد وظاهر كلام الشيخ أن الغسل مطلوب سواء أراد الصلاة أم لا، وهو كذلك صرح بذلك غير واحد كالمغربي وابن عبد السلام ولذلك نسب ابن الحاجب هذه المسألة للمدونة فقال: وفيها أحب إلي أن يتمضمض من اللبن ويغسل الغمر إذا أراد الصلاة فإن مفهومها أنه إذا لم يرد الصلاة أنه لا يغسل وليس كذلك، نعم يتأكد الغسل إذا أراد الصلاة.

وتردد المتأخرون من التونسيين هل قول المدونة: ويغسل الغمر معطوف على قوله يتمضمض فيكون الاستحباب على حد السواء أو هو مستأنف فيكون الأمر فيه آكد من الذي قبله، والأصل فيما ذكر الشيخ ما خرجه أبو داود عنه ﷺ قال: **«من بات وفي يده غمر لم يغسله فأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه»**[1].

(وتخلل ما تعلق بأسنانك من الطعام):

لأن ذلك من معنى التنظيف.

(ونهى الرسول عليه السلام عن الأكل والشرب بالشمال):

هذا ما تقدم أن الشيطان يأكل بشماله.

(وتناول إذا شربت من على يمينك):

الأصل في هذا ما روى مالك عن ابن شهاب عن أنس أن رسول الله ﷺ أتي بلبن قد شيب بماء وعن يمينه أعرابي وعن يساره أبو بكر فشرب فأعطاه الأعرابي وقال **«الأيمن فالأيمن»** وفي حديث آخر عن يمينه غلام وعن يساره الأشياخ فقال للغلام **«أتأذن لي يا غلام»** فقال لا والله يا رسول الله لا أوثر بنصيبي منك أحدا فناوله رسول الله ﷺ يعني أعطاه في يده[2].

قال الفاكهاني: هذه قاعدة الشرع أن القرب منه لا يؤثر به ولم أر ما خرج عن

---

(١) رواه أبو داود (٣/٣٦٦).

(٢) رواه أبو عوانة في مسنده ج ١ (٥/١٥٩).

هذه القاعدة إلا مسألة واحدة وهي إذن عائشة رضي الله عنها لعمر رضي الله عنه في دفنه عند النبي ﷺ بعد أن كانت أعدته لنفسها فانظر لماذا خرجت عن القاعدة وما تأولت عائشة في ذلك.

(ونهي عن النفخ في الطعام والشراب والكتاب):

هذا لما تقدم فابن القدح عن فيك قال الفاكهاني: وأما الطعام فهو بذلك أولى والله أعلم لأن الماء يدفع عن نفسه بخلاف الطعام ولأن فيه الاستقذار وكراهة الغير كما في الماء وفي البزار أن النبي ﷺ نهى عن النفخ في الطعام والشراب وأما الكتاب فإجلالا له وخيفة أن يخرج ريق فيمحاه والله أعلم.

(وعن الشرب في آنية الذهب والفضة):

أي ونهى عن الشرب في آنية الذهب والفضة وهو كذلك في الحديث الصحيح عنه ﷺ أنه قال «الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[1] قال الفاكهاني: رويناه يجرجر بالكسر ونار بالضم ومعنى يجرجر بصوت فنار فاعل يجرجر فاعرف هذا فإن البحث يقع فيه كثيرًا، واعلم أن أهل المذهب ألحقوا سائر الاستعمالات بالأكل والشرب في التحريم وذهب بعض الظاهرية إلى قصور المنع على الشرب خاصة فإن قلت: قد قدمتم غير ما مرة أن ابن الحاجب إذا قال باتفاق ويكون الاتفاق خارج المذهب بخلاف الإجماع وهو قد قال في هذا المحل من الذهب والفضة حرام استعمالها على الأصح على الرجل والمرأة اتفاقًا، فيقتضي كلامه إن ثم من يقول بجواز الاستعمال فهل ثم من قال به؟

قلت: نعم قال عياض: في الإكمال ذهب بعض السلف إلى جواز الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة واستعمالها والظن به لم تبلغه السنة، واختلف في الاقتناء فقال ابن الجلاب وهو مذهب الأكثر، كذلك خلافًا للباجي وألحق الأبهري بالأواني ما يصنع من الياقوت واللؤلؤ والمرجان، وقال القاضي أبو الوليد بعدم الإلحاق.

واختلف في المغشى من ذهب وأصله من غيره أو العكس على قولين واختار ابن عبد السلام الجواز في الأول دون الثاني وكذلك اختلف في المضبب وذي الحلقة على ثلاثة أقوال ثالثها يكره.

(ولا بأس بالشراب قائمًا)

الأصل في ذلك ما رواه ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ يشرب قائمًا، وروى

---

(١) رواه البخاري (٥/٢١٣٣)، ومسلم (٣/١٦٣٤).

جابر بن مطعم: قال رأيت أبا بكر الصديق رضي الله عنه يشرب قائمًا قال الفاكهاني: وفي الصحيح خلاف هذا روى مسلم عن قتادة عن أنس أن النبي ﷺ زجر عن الشرب قائمًا قال قتادة: فالأكل أخبث وأخبث وفيه أيضًا عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «**لا يشرب أحدكم قائمًا فمن نسي فليستقئ** »[1] قال عبد الحق في إسناده عمر بن حمزة العمري وهو ضعيف قال الشافعي: وإنما كره الشرب قائمًا لداء يأخذ في البطن قال بعض متأخري أصحابنا: ولم ير مالك به بأسًا إذ لم يصح عنده النهي فبوب في موطئه باب شرب الرجل قائمًا وأدخل في الباب عن عمر أنهم كانوا يشربون قيامًا.

(ولا ينبغي لمن أكل الكراث أو الثوم والبصل نيئا أن يدخل المسجد):

قال عياض: نيئا ممدود مهموز والأصل في ذلك ما ثبت في الصحيحين عن جابر بن عبد السلام عن النبي ﷺ قال: «**من أكل ثوما أو بصلا نيئا فليعتزلنا وليعتزل مسجدنا وليقعد في بيته**» وأتى أتي بقدر فيه خضرات من بقول[2] فوجد لها ريحا فسأل فأخبر بما فيها من البقول فقال «قربوها» إلى بعض أصحابه فلما رآه كره أكلها قال «كل فإني أناجي من لا تناجي» وألحق بذلك آكل الفجل يتجشأ به أو غير ذلك مما يستقبح ريحه، ويتأذى به.

وكذلك ذكر أبو عبد الله بن المرابط في شرحه أن حكم من به داء البخر في فيه أو جرح له رائحة حكمه حكم البصل والثوم ومن هذا المعنى خروج الريح في المسجد ونص عليه بعض الشيوخ وبه أفتى بعض من لقيناه من القرويين قائلاً: خلافًا للبخاري رحمه الله وأما من يغتاب الناس في المسجد فالأدب فيه كاف وبه أفتى شيخنا أبو مهدي رحمه الله وتقدم ما نقله ابن عبد البر في الاستذكار عن أحمد بن عبد الملك الإشبيلي أنه يخرج من المسجد عملا بهذا الحديث وإنما ذكر المسجد لأنه مظنة الاجتماع وإلا فمجامع الصلاة في غير المسجد كمصلى العيدين والجنائز ونحوهما كالمسجد.

قال عياض: ذكر بعض فقهائنا أن الحكم كذلك في مجالس العلم والولائم وحلق الذكر وظاهر كلام الشيخ أن الحكم عامًا في سائر المساجد وهو كذلك عند جمهور العلماء وذهب بعضهم إلى أن هذا خاص بمسجد المدينة لأجل ملائكة الوحي وتأذيهم بذلك ويحتج بقوله ﷺ «فلا يقرب » وحجة الجماعة قوله ﷺ «فلا يقرب

---

(١) رواه ابن أبي شيبه في المصنف (٥/١٠٢).

(٢) رواه البخاري (٦/٢٦٧٨)، ومسلم (١/٣٩٤).

المساجد»[1] ذكر الروايتين مسلم.

وظاهر كلامه أن دخوله مكروه لا محرم لقوله: ولا ينبغي وهو كذلك في سماع ابن القاسم قال: يكره ريح الثوم قيل: البصل والكراث مثله قال ما سمعت فيه شيء وما أحب أن يؤذي الناس، وسمع عيسى إن آذى فمثله قال ابن رشد: عليه يجب حمل قول مالك لوجود علة النهي وقوله: لا أحب أن يؤذي الناس تجوز لأن ترك إذايتهم واجب لا مستحب.

(ويكره أن يأكل متكئا):

هذا لما في البخاري عن أبي حذيفة قال: كنت عند رسول الله ﷺ فقال لرجل عنده: «أما أنا فلا آكل متكئا»[2] قال عبد الوهاب: والمنع في ذلك للعجب والخيلاء ولأنه من فعل الأعاجم والجبابرة وقال الباجي: قال مالك: ومن السنة الأكل جالسًا على الأرض على هيئة يطمئن عليها ولا يأكل مضطجعا على بطنه ولا متكئا على ظهره لما فيه من البعد عن التواضع والتشبه بالأعاجم ووقت الأكل وقت تواضع وشكر الله تعالى على نعمه.

قال عياض: والاتكاء هو التمكن من الأرض والتقعد في الجلوس كالتربع من تمكن الجلسات التي يعتمد فيها ما تحته فإن الجالس على هذه الهيئة يستدعي الأكل ويستكثر منه والنبي ﷺ إنما كان جلوسه جلوس المستوفز وقال «إنما أنا عبد آكل كما يأكل العبد وأجلس كما يجلس العبد»[3] وليس معنى الحديث في الاتكاء الميل على الشق عند المحققين واعترضه الفاكهاني بل الذي يتحقق أنه الميل على الشق لأنه يسبق إلى الذهن من لفظ الاتكاء وأنه غير الجلوس، وكذلك قال الداودي في الحديث الصحيح وكان متكئا فجلس فيلزم على ما قال عياض: أن يكون معنى الكلام كان جالسًا فجلس وهذا محال وبالله تعالى التوفيق.

(ويكره الأكل من رأس الثريد):

هذا لما رواه أبو داود عن النبي ﷺ قال «إذا أكل أحدكم طعامًا فلا يأكل من أعلى الصحفة ولكن ليأكل من أسفلها فإن البركة تنزل من أعلاها» بيان هذا أن تخصيص الشيخ الكراهة بهذا الثريد لا مفهوم له.

(ونهي عن القران في التمر وقيل إن ذلك مع الأصحاب الشركاء فيه ولا بأس بذلك

---

(١) رواه أبو عوانة في المسند (١/٤١٠)، (١/٣٤٢).

(٢) رواه الترمذي (٤/٢٧٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/٤٩).

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (٧/٢٨٣).

مع أهلك أو مع قوم تكون أنت أطعمتهم):

ذكر مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى أن يقرن الرجل بين التمرتين حتى يستأذن أصحابه يقال قرن يقرن بالكسر والضم، ووجه عبد الوهاب القول الثاني أن الشركة تستدعي التساوي فإذا أراد أحد الشركاء القران فينبغي أن يعلم صاحبه ليساويه إن أراد لا يستبد دونه بالزيادة، واعترضه الفاكهاني بأن قوله فينبغي ظاهر في عدم الوجوب وظاهر الحديث الوجوب لقول ابن عمر نهى.

(ولا بأس في التمر وشبهه أن تجول يدك في الإناء لتأكل ما تريد منه):

هذا واضح جلي ولا أعلم فيه خلافًا.

(وليس غسل اليد قبل الطعام من السنة إلا أن يكون بها أذى):

ما ذكر الشيخ أنه إذا كانت يده طاهرة ليس من السنة غسلها هو قول ابن القاسم في العتبية قائلاً: لأنه من زي الأعاجم، قال المغربي وقال ابن وهب: يغسلها وكان نحا إلى قول ابن حبيب أن يد الجنب محمولة على النجاسة قلت: ما ذكر عن ابن وهب لا أعرفه وقوله ﷺ «المؤمن لا ينجس»[1] يرد ما ذكر والاستثناء من قول الشيخ إلا أن يكون بها أذى الأقرب فيه أنه متصل والمعنى أن الأمر بالغسل جاء بالسنة والمراد به الوجوب لأن حكمه السنة والله أعلم.

وظاهر كلام الشيخ أنه إذا كان بها أذى أنه يغسل ولو كان الطعام باردا جامدا وهو كذلك قاله أبو عمران الجورائي كيلا يتهاون بالطعام وإليه كان يذهب بعض من لقيناه من القرويين مصرحا بوجوب الغسل وقال أبو محمد صالح رحمه الله تعالى: له أن يأكل من غير غسل وهو بعيد.

(وليغسل يده وفاه بعد الطعام من الغمر وليمضمض فاه من اللبن):

ما ذكر قد تقدم له مثله فلا معنى لإعادته.

(ويكره غسل اليد بالطعام أو بشيء من القطاني وكذلك بالنخالة وقد اختلف في ذلك):

قال الفاكهاني رحمه الله: القول بالجواز في الطعام نقله ابن يونس عن مالك وعلل ذلك بأن الصحابة كانوا يتمندلون بأقدامهم وكانوا يأكلون الطعام الدسم.

ومثله نقل ابن شاس عن ابن وهب في المختصر قال: سمعت مالكًا يقول في الجلبان والقول وما أشبهه من الطعام لا بأس أن يتوضأ منه ويتدلك به في الحمام، وسئل

---

(١) رواه البخاري (١/١٠٩)، ومسلم (١/٢٨٢)، والطبري في التفسير (١٠/١٠٥).

مالك عن الدقيق يغسل به اليدين، قال غيره أعجب إلي ولو فعله لم أر به بأسًا قد كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يتمندل ببطن رجله، قلت والقول بالكراهة هو مقتضى الروايات قال ابن رشد: الغسل بالعسل واللبن والنخالة وامتشاط المرأة بالنضوخ يعمل من التمر والزبيب الروايات كراهته لحرمته وسمع أشهب: لا يعجبني غسل الرأس بالبيض وغسل اليدين بالأرز وهو أخف كالأشنان ابن رشد الأرز بكسر الراء إن لم يكن طعامًا فلا وجه لكراهتهم الغسل به وإن كان طعامًا فمكروه وروايته بتحريك الراء خطأ ولا وجه لتخفيف الغسل به لأنه من رفيع الطعام ومرض بعض شيوخنا قوله هذا بأنه يلزم في الغسل وهو حمل سماع عيسى بن القاسم لا تعجبني الكراهة وإذا ثبت في الطعام القول بالجواز فالنخالة أولى من أن يختلف فيها كما قال الشيخ.

قال الفاكهاني: ورأيت لبعض شراح الرسالة أن قول الشيخ وقد اختلف في ذلك أي في النخالة وهو غلط ظاهر أعني تخصيصه الخلاف بالنخالة بل الخلاف في كل ما تقدم وقد قال مالك في الجلبان وما أشبهه: لا بأس أن يتوضأ منه ويتدلك به في الحمام فهذا نص في الإباحة والجواز وأما الكراهة فقد نقلها الشيخ أبو محمد وغيره، قلت: واختار بعض من لقيناه من القرويين زمان الرخاء والشدة فالكراهة في زمان الرخاء لعدم استقصاء الطعام منها، والجواز في زمان الغلاء لاستقصائه منها وكأنه أراد به أن يجمع بين القولين وليس ببعيد والاحتياط أولى.

(ولتجب إذا دعيت إلى وليمة العرس إن لم يكن هناك لهو مشهور ولا منكر بين وأنت في الأكل بالخيار وقد أرخص مالك في التخلف لكثرة زحام الناس فيها):

اختلف هل الوليمة مستحبة أم لا؟ فقيل: إنها مستحبة وجعله غير واحد المذهب كابن رشد والمازري، وقال ابن سهل الصواب: القضاء بها على الزوج لقوله ﷺ «أولم ولو بشاة»[1] مع العمل به عند الخاصة والعامة.

واختلف في وقتها فقيل: قبل البناء رواه ابن المواز فلما ذكر عياض الرواية التي في المدونة قال: والرواية الأخرى جوازها بعد البناء وحكى ابن حبيب استحبابها عند العقد وعند البناء واستحبها بعض شيوخنا قبل البناء قلت: قال بعض شيوخنا وأشار بقوله الرواية الأخرى إلى ما ذكره الباجي من رواية أشهب لا بأس أن يولم بعد البناء قال ونظرت العتبية فلم أجدها فيها.

وظاهر كلام الشيخ أن الإجابة واجبة وهو كذلك قاله مالك وقيل إنها لاتجب

---

(١) رواه أحمد (٣/٢٢٦)، وابن أبي شيبة (٣/٥٦١)، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٥٢)

نقله الباجي عن رواية ابن حبيب ليس ذلك فرضًا ولا حتما وأحب أن يأتيه فجعلها ندبًا وحكاه ابن الحاجب عن ابن القصار عن المذهب، وقال اللخمي: إن كان المدعو قريبًا أو جارا أو صديقًا أو من يحدث بتأخيره عداوة وتقاطعا وجبت إجابته وإن كان المدعو غير ذلك فإن لم يأت من الناس ما تقوم شهرة النكاح به ندبت وإلا أبيحت.

فإن قلت: والقول بأن الإباحة واجبة مع أن الدعوة مندوبة متنافيان قلت: ليس في ذلك تناف بل هو أصل المذهب ألا ترى أن الابتداء بالسلام سنة ورده فرض فإن قلت والقول بأنها مندوبة مشكل أيضًا لقوله ﷺ **«من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله»**[1] قلت: أجيب عن ذلك بوجهين أحدهما أن يقصد بعدم إجابته الترفع عنها والرغبة عن السنة، وهذا تأويل عبد الوهاب الثاني لبعض البغداديين من أصحابنا بأنه لا يمنع أن يطلق على من أخل بالمندوب تسمية عاص لأن المعصية مخالفة الأمر المأمور به والمندوب مأمور به، واعترضه الفاكهاني بوجهين.

أحدهما: أنه خلاف عرف حملة الشريعة وغير مصطلحهم واستعمالهم، **الثاني**: أن المندوب قد اختلف فيه أهل الأصول هل هو مأمور به أم لا؟ قال الباجي: لا نص لأصحابنا في وجوب أكل المجيب وفي المذهب ما يقتضي القولين روى محم: عليه أن يجيب وإن لم يأكل أو كان صائما وقال أصبغ: ليس ذلك بالوكيد وهو خفيف فحمل قول مالك على أن الأكل ليس بواجب وقول أصبغ على وجوبه قلت: واعترضه بعض شيوخنا بأن رواية محمد يجب وإن لم يأكل نص فقهي في عدم وجوب الأكل وعليه حمله اللخمي فكيف يقول: لا نص قلت: ويعترض عليه أيضًا بقول الشيخ أبي محمد وأنت في الأكل بالخيار.

باب في السلام والاستئذان والتناجي والقراءة والدعاء وذكر الله سبحانه والقول في السفر

(ورد السلام واجب والابتداء به سنة مرغب فيها):

أشار الشيخ بقوله مرغب فيها إلى أن حكمه السنة بتأكيد والله أعلم قيل: وإنما بدأ الشيخ بالرد وكان العكس أولى تقديما للفرض على السنن فابتدأ بالأهم وهو صواب وفي المذهب قول أن الابتداء بالسلام فرض كفاية والمشهور السنة، وتردد التادلي هل الرد أفضل لأنه مقصود وفرض الابتداء وسيلة وسنة أو الابتداء أفضل لكونه فعل سنة وتسبب في فريضة قال والأظهر الأول قال رحمه الله: ولا يسلم على الشابة

(١) رواه مسلم (٢/١٠٥٥)، وابن حبان في الصحيح (١١٦/١٢).

والآكل وقاضي الحاجة والمؤذن والملبي وأهل البدع والكافر وأهل المعاصي قلت وما ذكره من عدم السلام على الآكل لا أعرفه في المذهب، وكذلك أنكره شيخنا أبو مهدي لما سألته عنه هل يعرفه أم لا؟

(والسلام أن يقول الرجل السلام عليكم ويقول الراد وعليكم السلام، أو يقول سلام عليكم كما قيل له):

قال التادلي: يريد كأن المسلم عليه واحدًا أو أكثر إنما يسلم بلفظ الجمع لأن الواحد مع الحفظة كالجمع مع الآدميين قال ابن رشد: والاختيار أن يقول المبتدئ السلام عليكم ويقول الراد: وعليكم السلام ويجوز الابتداء بلفظ الرد والرد بلفظ الابتداء وقال الفاكهاني، وظاهر قوله كما هو ظاهر كلام الشيخ أبي محمد أنه لا بد من الألف واللام في السلام وهو خلاف قول ابن شاس فصيغة الابتداء سلام عليكم، وصيغة الرد وعليكم السلام فأتى بصيغة الابتداء بالتنكير كما رأيت ولم أره في شيء من الأحاديث إلا معرفا كما قالاه.

قلت: وظاهر كلامهم أن المبتدئ والراد لو قالا السلام فقط فإنه لا يجزئ كالصلاة وشاهدت فتوى بعض من لقيناه من القرويين غير ما مرة أنه يجزئ مستدلاً بقول النحويين بجواز حذف الخبر إذا فهم والصواب هو الأول لأن هذه عبادة فتتبع كالصلاة ولا أعلم أحدا قال إذا قال في الصلاة السلام فقط أنه يجزئ إلا ما رأيت من الخلاف في كتاب مجهول شرح فيه الرسالة قال أبو عمر: إذا كان المسلم بعيد من المسلم عليه فإنه يجوز أن يشير إليه بيده أو برأسه ليعلم أنه سلم عليه.

قلت: وهو صحيح ولا أعلم فيه خلافًا فأول ما سمعت من شيخنا أبي محمد عبد الله الشبيبي رحمه الله مفتيا به وكان يعرف من يسأل عن ذلك أنه لا بد من النطق باللسان وأما الإشارة وحدها فغير كافية.

(وأكثر ما ينتهي السلام إلى البركة أن تقول في ردك وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته):

لأنه الذي عليه العمل من السلف والخلف قال عبد الوهاب: وقد روي حديثا أن رجلاً سلم على النبي ﷺ فزاد ومغفرته ولكن العمل من السلف على خلافه، قال ابن رشد وقوله تعالى ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء: ٨٦] دليل على جواز الزيادة إذا انتهى المبتدئ بالسلام في سلامه إليها.

(ولا تقل في ردك سلام الله عليك):

قال الفاكهاني: هذا لما يقال إنها تحية أهل القبور والله أعلم.

(وإذا سلم واحد من الجماعة أجزأ عنهم وكذلك إن رد واحد منهم):

ما ذكر هو المذهب خلافًا لأبي يوسف في قوله: لا بد من رد جميعهم وأجيب بما في أبي داود عنه ﷺ «يجزئ عن الجماعة» إذا مروا أن يسلم أحدهم، ويجزئ عن الجلوس إذا رد أحدهم إلا أن في إسناده كلامًا للعلماء، وظاهر كلام الشيخ إن رد واحد من غير الجماعة المسلم عليهم لم يسقط فرض الرد عنهم وهو كذلك.

(وليسلم الراكب على الماشي والماشي على الجالس):

يريد والصغير على الكبير والعبد على الحر والمرأة المتجالة على الرجل واللاحق على الملحوق والداخل على المدخول عليه والأصل في ذلك ما في الصحيح عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال «ليسلم الصغير على الكبير والمار على الجالس والقليل على الكثير»[1] وفي طريق آخر يسلم الراكب على الماشي.

قال الإمام أبو عبد الله المازري: وإنما شرع سلام الراكب على الماشي لفضل الراكب عليه من باب الدنيا فعدل الشرع أن يجعل للماشي فضيلة أن يبتدئ واحتياطًا على الراكب من الكبر والزهو إذا حاز الفضيلتين وإلى هذا المعنى أشار بعض أصحابنا إذا تلاقى رجلان كلاهما مار في الطريق بدأ الأدنى منهما على الأفضل إجلالا وتعظيمًا للأكبر لأن فضيلة الدين مرغبة في الشرع، وأما بداءة المار على القاعد فلم أر في تعليله نصًا ويحتمل أن يجري في تعليله على هذا الأسلوب فيقال: إن القاعد قد يتوقع شرا من الوارد عليه أو يوجس في نفسه خيفة فإذا ابتدأ بالسلام أنس إليه أو لأن التصرف والتردد في الحاجة الدنيوية وامتهان النفس فيها مما ينقص مرتبة المتصادقين والآخذين بالعزلة تورعا فصار القاعدين مزية من باب الدين فلهذا أمر ببداءتهم ولأن القاعد يشق عليه مراعاة المارين مع كثرتهم والتشوف إليهم فتسقط البداءة عنه وأمر بها المار لعدم المشقة عليه.

وأما بداءة القليل للجماعة فيحتمل أيضًا أن تكون الفضيلة للجماعة ولهذا قال الشارع: عليكم بالسواد الأعظم، ويد الله مع الجماعة فأمر ببداءتهم لفضلهم أو لأن الجماعة إذا بدءوا الواحد خيف عليه الكبر والزهو فاحتيط له بأن يبدأ وقد يحتمل غير ذلك لكن الذي ذكرناه هو الذي يليق بما قلناه عنهم من التعليل ولا تحسن معارضة هذه التعاليل بآحاد مسائل شذت عنها لأن التعليل الكلي لوضع الشرع لا يشترط أن لا يشذ عنه بعض الجزئيات.

---

(١) رواه أحمد (٢/٣١٤)، وذكره الصنعاني في سبل السلام (٤/١٥٤).

(والمصافحة حسنة):

ما ذكر الشيخ هو المشهور عن مالك وكرهه في رواية أشهب، والمصافحة وضع أحد المتلاقين كفه على باطن الآخر إلى الفراغ من السلام والكلام، قال التادلي: وفي تشديد كل واحد منهما على الآخر كونه يشعر بالمبالغة في المودة قولان ولا يقبل كل واحد منهما بعد الفراغ يد نفسه ولا يصافح الرجل امرأة وإن كانت متجالة ولا مبتدعا ولا كافر والأصل في المصافحة ما رواه الترمذي عن أنس قال: قال رجل يا رسول الله الرجل منا يلقى أخاه أو صديقه أينحني له؟ قال «لا» قال أفيلزمه ويقبله؟ قال «لا» قال: فيأخذه ويصافحه قال: «نعم»[1]. قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

وروى الترمذي أيضًا عن البراء بن عازب قال: قال رسول الله ﷺ «ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر الله لهما قبل أن يفترقا»[2] قال ابن رشد وقال رسول الله ﷺ: «تصافحوا يذهب عنكم الغل وتهادوا تحابوا وتذهب عنكم الشحناء»[3] قلت: ظاهر الحديث السابق إن مطلق انحناء الرأس منهي عنه وأفتى بعض من لقيناه من القرويين غير ما مرة بجوازه إذا كان انحناء لا يصدق عليه الركوع شرعًا زاعما أن عز الدين بن عبد السلام قال ذلك، وأما السجود وما أشبهه فلا يجوز وشاهدت بعض الطلبة الجهال، وكان مؤدبًا جاء إلى شيخنا أبي مهدي حفظه الله تعالى في مدرسة عنق الجمل بتونس وتلقاه لما قام من مجلسه وسجد بين رجليه وجاء ليشتكي له بإنسان فصاح عليه وانتهره وهرب منه وظهر على وجهه الغضب لكونه خالف السنة وحلف له بالله ما يسمع في ذلك الموضع كلمة واحدة.

(وكره مالك المعانقة وأجازها ابن عيينة) إتيان الشيخ رحمه الله بقول ابن عيينة في هذه المسألة دون غيرها كان فيه الإشارة إلى قوته عنده كإتيان سحنون بقول الغير في المدونة والله أعلم قال التادلي: المعانقة جعل الرجل عنقه على عنق الآخر وفيها أقوال ثالثها: يجوز إذا كان عن طول غيبة وإلا كرهت وظاهره أن الخلاف مذهبي وذكر غير واحد أن ابن عيينة دخل على مالك فصافحه وقال: يا أبا محمد لولا أنها بدعة لعانقتك فقال سفيان بن عيينة: عانق من هو خير منك ومني يعني النبي ﷺ قال مالك جعفر قال نعم قال ذلك حديث صحيح خاص يا أبا محمد ليس بعام.

---

(١) رواه الترمذي (٥/٧٥)، وذكره المناوي في فيض القدير (٥/٥٠٠).

(٢) رواه الترمذي (٥/٧٤)، وأبو داود (٤/٣٥٤)، والبيهقي في الكبرى (٧/٩٩).

(٣) ذكره المنذري في الترغيب والترهيب (٣/٢٩٢).

قال سفيان: ما يعم جعفرا يعمنا إذا كنا صالحين وما يخصه يخصنا أفتأذن لي أن أحدث في مجلسك قال نعم يا أبا محمد قال حدثني عبد الله بن طاوس عن أبيه عن عبد الله بن عباس قال لما قدم جعفر من أرض الحبشة اعتنقه النبي ﷺ وقبل بين عينيه وقال «**جعفر أشبه الناس بي خلقًا وخلقًا**» فأعجب ما رأيت بأرض الحبشة الحديث، وروى مالك أن ذلك لجعفر خصوصًا إذ لم يصحبها العمل من الصحابة بعد النبي ﷺ لأنها مما تنفر عنها النفوس في كل وقت إذ لا تكون في الغالب إلا لوداع لطول اشتياق لغيبة الأهل وما أشبه ذلك، قلت: قال بعض أصحابنا: تأمل ما الذي أفاده حديثه لمالك مع أن مالكًا عالم بهذا الحديث يدل عليه كلام مالك والشأن في مثل هذا أن لا يحدث إلا بما لم يعلمه.

(وكره مالك تقبيل اليد وأنكر ما روي فيه):

قال التادلي: يريد وكذلك سائر الأعضاء لما يلحق المقبل من الكبر قال ابن بطال إنما كره تقبيل يد الظلمة والجبابرة وأما يد الأب والرجل الصالح ومن ترجى بركته فجائز وظاهر المذهب خلافه، قال ابن رشد: سئل مالك عن الرجل يقدم من السفر فيتناول غلامه أو مولاه يده فيقبلها قال ترك ذلك أحب إلي وهو كما قال وينبغي لسيده أو مولاه أن ينهاه عن ذلك لأنه بإسلامه أخوه في الله إلا أن يكون كافرًا فلا ينهاه لما جاء أن اليهود أتوا النبي ﷺ فسألوه مختبرين له عن تسع آيات بينات فلما أخبرهم قبلوا يديه ورجليه في حديث طويل.

(ولا تبتدأ اليهود والنصارى بالسلام):

الأصل في ذلك ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «**لا يبتدأ اليهود ولا النصارى بالسلام وإذا لقيتم أحدا منهم في طريق فاضطروهم إلى أضيقه**»[1] قال عبد الوهاب لأن السلام تحية وإكرام والكافر ليس أهلا لها وقد قال تعالى ﴿تَحِيَّةً مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ مُبَٰرَكَةً طَيِّبَةً﴾ [النور: ٦١] وقد أجاز بعض أهل العلم ابتداء أهل الذمة بالسلام وهو خلاف ما روي عن النبي ﷺ.

(فمن سلم على ذمي فلا يستقيله):

قال عبد الوهاب إنه لا فائدة في استقالته لأن لا يخرج بذلك عن أن يكون قد بدأه بالتحية والاستقالة إنما تكون في أمر يمكن استدراكه فيعود المقول كأنه لم يفعل.

(وإن سلم عليه اليهودي أو النصراني فليقل عليك ومن قال عليك السلام بكسر

---

(١) رواه مسلم (١٧٠٧/٤).

السين وهي الحجارة فقد قيل ذلك):

هذا لما روى مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «إن اليهود إذا سلموا عليكم يقول أحدهم سامس عليكم فقولوا عليك»(١) وفي مسلم أيضًا عن عائشة رضي الله عنها أن رهطًا من اليهود استأذنوا على رسول الله ﷺ فقالوا السام عليكم فقالت عائشة رضي الله عنها بل عليكم السام واللعنة والغضب فقال رسول الله ﷺ «يا عائشة إن الله يحب الرفق في الأمر كله» قالت أو لم تسمع ما قالوا قال «قد قلت وعليكم»(٢) وفي رواية قد قلت عليكم.

(والاستئذان واجب فلا تدخل بيتا فيه أحد حتى تستأذن ثلاثًا فإن أذن لك وإلا رجعت) الأصل في ذلك قوله تعالى: «لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم» إلى قوله ﴿ حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ ﴾ [النور: ٢٨] وقوله ﴿ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ ﴾ [النور: ٥٩] وما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري قال: كنت في مجلس عند أبي بن كعب فأتى أبو موسى الأشعري مغضبًا حتى وقف فقال أنشدكم بالله هل سمع منكم أحد رسول الله ﷺ يقول الاستئذان ثلاث فإن أذن لكم وإلا رجعتم قال أبي وما ذاك؟ قال: استأذنت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه ثلاث مرات فلم يأذن لي فرجعت ثم جئت اليوم فأخبرته أني جئت أمس فاستأذنته ثلاثًا ثم انصرفت فقال قد سمعناك ونحن على شغل فلو استأذنت حتى يؤذن لك فقلت استأذنت كما سمعت النبي ﷺ فقال: «لأوجعن بطنك وظهرك إن لم تأتني بمن يشهد معك على هذا» قال أبي فوالله لا يقوم معك إلا أحدثنا سنا قم يا أبا سعيد، فقمت حتى أتيت عمر فقلت قد سمعت رسول الله ﷺ يقول هذا(٣).

قال ابن رشد: واختلف هل يبدأ بالسلام أو بالاستئذان والصواب أن يقدم الاستئذان فإن أذن له في الدخول سلم على من في البيت ودخل، قال غير واحد: واختلف في الزيادة على ثلاثة إذا ظن أنه لم يسمع أو يشك في ذلك على قولين قال ابن الفرس ولا تقل في الجواب أنا لما في مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال جئت النبي ﷺ فدعوته فقال «من هذا» فقلت أنا فخرج وهو يقول «أنا، أنا»(٤) وفي

---

(١) رواه البخاري (٢٥٣٩/٦)، ومسلم (١٧٠٦/٤).

(٢) رواه البخاري (٢٢٤٢/٥)، والبيهقي في الشعب (٥١١/٦).

(٣) لم أقف عليه.

(٤) رواه مسلم (١٦٩٧/٣)، وابن ماجه (١٢٢٢/٢) بنحوه.

رواية أخرى أنه كره ذلك.

قال بعض الصوفية إياكم وثلاثة ألفاظ فإن بها هلك من هلك: أنا، ولي، وعندي فهلك فرعون بقوله ﴿ أَنَا۠ رَبُّكُمُ ٱلْأَعْلَىٰ ﴾ [النازعات: ٢٤]، وقوله ﴿ أَلَيْسَ لِى مُلْكُ مِصْرَ ﴾ [الزخرف: ٥١]، وهلك قارون بقول ﴿ إِنَّمَآ أُوتِيتُهُۥ عَلَىٰ عِلْمٍ عِندِىٓ ﴾ [القصص: ٧٨]، وقبله التادلي ورد شيخنا أبو مهدي أيده الله ما ذكره من الاستدلال بالآية الأولى بأن فرعون النعي عليه بزيادة قوله ربكم الأعلى لا لقوله أنا فقط، واعلم أن تنقير الباب ثلاثًا أو التنحنح يقوم مقام الاستئذان كانت الأبواب مفتوحة أو مغلوقة.

قال التادلي: واختلف فيمن أرسل إليه هل يدخل بغير إذن أو يفرق بين أن يأتي عن بعد فيستأذن وإلا فلا على ثلاثة أقوال، قلت: والأقرب أنه خلاف في حال واختلف فيمن اطلع على رجل بغير إذنه ففقأ عينه فقيل عليه الدية ولا قصاص وقيل بل يجب عليه القصاص قاله مالك، وقال ابن عبد الحكم: لا قصاص ولا دية وهو ظاهر ما في مسلم عن أبي هريرة عنه ﷺ قال: «**من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حل هم أن يفقئوا عينه**»[1].

(ويرغب في عيادة المرضى):

هذا لما في مسلم عن ثوبان عن رسول الله ﷺ «**أن المسلم إذا دعا أخاه لم يزل في خرفة الجنة حتى يرجع**»[2] وفي آخر قيل يا رسول الله ﷺ ما خرفة الجنة قال «**جنانها**»[3].

(ولا يتناجى اثنان دون واحد وكذلك جماعة إذ أبقوا واحد منهم وقد قيل لا ينبغي ذلك إلا بإذنه وذكر الهجرة قد تقدم في باب قبل هذا):

علل بخوف الغدر وقيل جبرًا لقلبه لإهماله، قال ابن رشد: فإن عللنا بالأول كان التناجي حرامًا وإن عللنا بالثاني كان التناجي مكروها وفي المدونة نهى عمر عن رطانة الأعاجم وقال إنها خب قال عياض: رطانة بفتح الراء وكسرها وفتح الطاء المهملة وهو كلام بلسانهم وخب بكسر الخاء المعجمة وتشديد الباء أي خديعة ومكر قال ابن يونس إنما ذلك في المساجد وقيل إنه يصير إلى معنى ما كره أن يتناجى اثنان دون واحد.

---

(١) رواه مسلم (١٦٩٩/٣)، والبيهقي في الكبرى (٣٣٨/٨) بنحوه.

(٢) رواه ابن المبارك في الزهد (٢٥٤/١) بنحوه.

(٣) ذكره ابن حجر في فتح الباري (١١٣/١٠).

(قال معاذ بن جبل ما عمل آدمي عملا أنجى له من عذاب الله من ذكر الله قال عمرو أفضل من ذكر الله باللسان ذكر الله عند أمره ونهيه):

الأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ فَٱذْكُرُونِىٓ أَذْكُرْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٥٢] وقوله ﴿ ٱلَّذِينَ يَذْكُرُونَ ٱللَّهَ قِيَـٰمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِهِمْ ﴾ [آل عمران: ١٩١] إلى غير ذلك.

وقد قال الأستاذ أبو علي الدقاق: الذكر منشور الولاية فمن وفق إلى الذكر فقد أعطي المنشور ومن سلب الذكر فقد عزل قال عبد الوهاب: لأن الإنسان إذا أكثر من الذكر جدد خشوعا في قلبه وبعدت الغفلة عن قلبه فكان إلى التقوى أقرب وعن المعاصي أبعد وما قاله عمر إنما أراد به الذكر بالقلب وهو إحضار الإنسان قلبه الخوف والخشوع وتصوره لاطلاع ربه عليه في سره وعلانيته وعلمه بجميع أعماله وتصرفاته وأنه لا تخفى عليه خافية ولا يستتر عنه مستور فلذلك قال: الذكر بالقلب أفضل من الذكر باللسان.

وقال الفاكهاني: الذي يظهر لي أن الوقت عند الحدود أن ذكر واجبًا ذكر الله فاجتنبه ومعنى ذكر الله أن ذكر ثوابه وعقابه والله أعلم بما أراد قال ويؤيد ما قلناه قول الحسن: أفضل ذكر الله عند ما حرم الله ونقل عن البوني أنه قال في ذلك يريد أداء الفرائض فهذا قريب مما قلناه وهو قريب في المعنى قلت: وقول الفاكهاني إليه كان يذهب بعض من لقيناه من القرويين قال أبو القاسم القشيري: ومن خصائص الذكر أنه غير موقت بل ما من وقت من الأوقات إلا والعبد مأمور بذكر الله إما فرضًا وإما نفلاً فالصلاة وإن كانت أشرف العبادات فقد لا تجوز في بعض الأوقات.

والذكر بالقلب مستديم في جميع الحالات قال الله تعالى ﴿ ٱلَّذِينَ يَذْكُرُونَ ٱللَّهَ قِيَـٰمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِهِمْ ﴾[آل عمران: ١٩١] وفي الخبر أن جبريل عليه السلام قال للنبي ﷺ إن الله تعالى يقول «**أعطيت أمتك ما لم أعط أمة من الأمم قال: وما ذلك يا جبريل قال قوله تعالى:** ﴿ فَٱذْكُرُونِىٓ أَذْكُرْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٥٢] **ولم يقل هذا لأحد غير أمتك**».

(ومن دعائه ﷺ كلما أصبح وأمسى «اللهم بك نصبح وبك نمسي وبك نحيا وبك نموت ويقول في الصباح وإليك النشور وفي المساء وإليك المصير وروي مع ذلك: اللهم اجعلني من أعظم عبادك حظا ونصيبًا في كل خير تقسمه في هذا اليوم وفيما بعده من نور تهدي به أو رحمة تنشرها أو رزق تبسطه أو ضر تكشفه أو ذنب تغفره أو شدة ترفعها أو فتنة تصرفها أو معافاة تمن بها برحمتك إنك على كل شيء قدير):

قال الفاكهاني: بك أي بقدرتك فحذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه وإليك النشور يوم القيامة فكان قيام الإنسان من نومه كقيامه إلى حشره وإليه مصير

كل شيء أي مرجعه والحظ والنصيب مترادفان، ومعنى تقسمه تهيئه وتيسره وتحضره وإلا فكل شيء مقسوم في الأزل لا يزيد ولا ينقص والهداية الرشاد إلى الخير.

وفي الحديث «أن النور إذا دخل القلب انفتح وانشرح» قيل يا رسول الله هل لذلك النور من علامة قال: «التجافي عن دار الغرور والإبانة إلى دار الخلود» أو كما قال ﷺ قال ابن الفرس: واختلف في حكم الدعاء فقيل: واجب وقيل مندوب إليه على الخلاف في الأمر هل يحمل على الوجوب أو على الندب وعلى الوجوب فيخرج منه بالمرة الواحدة، واختلف هل الدعاء أفضل أم السكوت والرضى لجريان حكم الله تعالى بما اختار له في الأزل.

(ومن دعائه ﷺ عند النوم أنه كان يضع يده اليمنى تحت خده الأيمن واليسرى على فخذه الأيسر ثم يقول «اللهم باسمك وضعت جنبي وباسمك أرفعه اللهم إن أمسكت نفسي فاغفر لها وإن أرسلتها فاحفظها بما تحفظ به الصالحين من عبادك اللهم إني أسلمت نفسي إليك وألجأت ظهري إليك وفوضت أمري إليك ووجهت وجهي إليك رهبة منك ورغبة إليك لا منجى ولا ملجأ منك إلا إليك أستغفرك وأتوب إليك آمنت بكتابك الذي أنزلت وبرسولك الذي أرسلت فاغفر لي ما قدمت وما أخرت وما أسررت وما أعلنت أنت إلهي لا إله إلا أنت رب قني عذابك يوم تبعث عبادك»):

خرجه مسلم عن البراء بن عازب وفي آخر «**فاجعله آخر كلامك فإن مت في ليلتك مت على الفطرة**»، قال الفاكهاني: قول الشيخ ورسولك الذي أرسلت كأنه وهم، لأن الذي في مسلم ونبيك الذي أرسلت وإنما كان نبيك دون رسولك لأن الرسول قد يكون من الملائكة بخلاف النبي وفي هذا الحديث ثلاث سنن مستحبة: هيئة النوم على الشق الأيمن لأنه أسرع إلى انتباه وذكر الله تعالى ولكن خاتمة عمله الوضوء عند النوم ولم يذكره الشيخ وهو مسلم إذا أخذت مضجعك فتوضأ وضوء الصلاة ثم اضطجع على شقك الأيمن وفائدة الوضوء مخافة أن يموت في ليلته ويكون أصدق لرؤياه وأبعد من تلاعب الشيطان به.

(ومما روي في الدعاء عند الخروج من المنزل: «اللهم إني أعوذ بك أن أَضل أو أُضل أو أَزل أو أَظلم أو أُظلم أو أَجهل أو يجهل علي[(١)]):

هذا حديث خرجه الترمذي، وقال حديث حسن صحيح، وهو في مسلم عن

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٥/٢٥١)، والحاكم في المستدرك (١/٧٠٠).

أبي هريرة عن الطيالسي عن أبي مسلمة رضي الله عنها في سنن أبي داود عن أنس عن النبي ﷺ قال «إذا خرج الرجل من بيته قال باسم الله توكلت على الله ولا حول ولا قوة إلا بالله قيل حينئذ هديت وكفيت ووقيت[١]».

(وروي في دبر كل صلاة أن يسبح الله ثلاثًا وثلاثين ويكبر الله ثلاثًا وثلاثين ويحمد الله ثلاثًا وثلاثين ويختم المائة بلا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير[٢]):

هذا الحديث متفق عليه خرج الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه وظاهر المذهب أن هذا الذكر مخصوص بأن يكون عقب الصلاة الفرض وأما النوافل فلا قال ابن بطال له أن يجمع هذه الكلمات فيقول: سبحان الله والحمد لله والله أكبر ولا إله إلا الله وسمى هذه الكلمات المعقبات لكونها عقب الصلاة والفواصل لوقوع الفصل بها بين الفرائض والنوافل وتقدم الخلاف في الأجر المرتب عليها هل هو لجميع الناس سواء أو الفقراء منهم أكثر ثوابًا من الأغنياء.

(وعند الخلاء يقول: الحمد الله الذي رزقني لذته وأخرج عني مشقته وأبقى في جسمي قوته[٣]):

الخلاء ممدود والذي في الصحيح أنه ﷺ كان إذا دخل الخلاء قال «اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث[٤]» بضم الخاء والباء وهو جمع خبيث وخبيثة استعاذ ﷺ من ذكران الشيطان وإناثهم.

(وتتعوذ من كل شيء تخافه وعندما تحل بموضع أو تجلس بمكان أو تنام فيه أعوذ بكلمات الله التامات من شر ما خلق[٥]):

هذا حديث خرجه أهل الصحيح قال الفاكهاني: أخذ بعض العلماء من هذا أن القرآن غير مخلوق ولأن النبي ﷺ لا يستعيذ بمخلوق واختلف في معنى التامات فقيل هي التي لا تنقص فيها ولا عيب قال عياض: وقيل: هي النافعة الباقية الشافية، وقيل: الفاضلة وقيل المراد به القرآن.

---

(١) رواه أبو داود (٤/٣٢٥)، وذكره المنذري في الترغيب والترهيب (٢/٣٠٤).

(٢) ذكره ابن حجر في فتح الباري (٢/٣٢٩) بنحوه.

(٣) ذكره المناوي في فيض القدير (٥/١٢٨) بنحوه.

(٤) رواه مسلم (١/٢٨٣)، وابن حبان (٤/٢٥٤).

(٥) رواه مسلم (٤/٢٠٨٠)، وابن حبان (٦/٤١٨).

(ومن التعويذ أن تقول أعوذ بوجه الله الكريم وبكلمات الله التامات التي لا يجاوزهن بر ولا فاجر وبأسماء الله الحسنى كلها ما علمت منها وما لم أعلم من شر ما خلق وذرأ أو برأ ومن شر ما ينزل من السماء ومن شر ما يعرج فيها، ومن شر ما ذرأ في الأرض ومن شر ما يخرج منها، ومن فتن الليل والنهار، ومن طوارق الليل والنهار إلا طارق يطرق بخير يا رحمن ويقال في ذلك أيضًا ومن شر كل دابة ربي آخذ بناصيتها إن ربي على صراط مسقيم):

المراد بالوجه الذات والبر هو الحسن المطيع وضده الفاجر وقول الشيخ وذرأ أو برأ قيل هما بمعنى واحد وقيل بمعنيين والفرق بينهما أن الذرء يكون طبقة بعد طبقة وجيلا بعد جيل بخلاف الخلق ولا شك أن برأ مرادف لخلق ومعنى قوله وما يعرج فيها يعني باطنها لأن غلظها مسيرة خمسمائة عام فيعرض من سطحها لقلة الذي يلي الأرض إلى منتهى ما يلي السماء الثانية.

(ويستحب لمن دخل منزله أن يقول ما شاء الله لا قوة إلا بالله[1]):

قال القاضي أبو بكر بن العربي: الذكر مشروع للعبد في كل حال على الندب ومن جملة الأوقات التي يستحب فيها ذكر الله إذا دخل أحدنا منزله أو مسجده أن يقول كما قال الله تعالى ﴿ وَلَوْلَآ إِذْ دَخَلْتَ جَنَّتَكَ قُلْتَ مَا شَآءَ ٱللَّهُ لَا قُوَّةَ إِلَّا بِٱللَّهِ ﴾ [الكهف: ٣٩]، وروي من قال أربعًا أمن أربع من قال هذا أمن من هذا، ومن قال حسبنا الله ونعم الوكيل أمن من كيد الناس له، قال الله تعالى ﴿ ٱلَّذِينَ قَالَ لَهُمُ ٱلنَّاسُ إِنَّ ٱلنَّاسَ قَدْ جَمَعُواْ لَكُمْ فَٱخْشَوْهُمْ فَزَادَهُمْ إِيمَـٰنًا وَقَالُواْ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ ﴾ [آل عمران: ١٧٣]ومن قال وأفوض أمري إلى الله أمن من المكر قال الله تعالى مخبرا عن العبد الصالح ﴿ فَوَقَىٰهُ ٱللَّهُ سَيِّـَٔاتِ مَا مَكَرُواْ ﴾ [غافر: ٤٥]، ومن قال لا إله إلا أنت سبحانك إني كنت من الظالمين أمن من الغم وقد قال قوم: ما من أحد يقول ما شاء الله فأصابه شيء إلا رضي به.

(ويكره العمل في المساجد من خياطة ونحوها ولا يغسل يديه فيه ولا يأكل إلا مثل الشيء الخفيف كالسويق ونحوه):

ينبغي أن تنزه المساجد عن البيع والشراء واستخف في البيان قضاء الدين وكنت الحق فيه ما لم يطل وإنشاد الضالة وعمل الصناعات والسؤال قال ابن أبي زيد في النوادر: من سأل فلا يعطى وأمر بحرمانهم وردهم خائبين، قال التادلي: وكان الشيخ

---

(١) ذكره ابن عبد البر في التمهيد (٦/٨) بنحوه.

أبو عبد الله محمد بن عمران أن يغلظ عليهم في النهي وربما أمر بإخراجهم مسحوبين، وكان بعض الشيوخ بالعكس منه فيرفق بهم ويسأل عن أحوالهم ويتصدق عليهم، فالأول تصرف بالشرع، والثاني بعين الحقيقة ومن رفع الصوت بغير ذكر الله ومن الحديث في الأمور الدنيوية ومن القصص قال مالك: والقصص بدعة ومن قراءة القرآن في المصحف قال ابن أبي زيد في مختصره لم يكن من الأمر القديم وأول من أحدثها الحجاج ومن غرس الشجر فإن وقع قطع فإن لم يقع قال ابن سهل هي حلال للغني والفقير كالفيء، قال الباجي واختلف أصحابنا في الوضوء فإن أجازه ابن القاسم في صحته في رواية موسى بن معاوية وكرهه سحنون لما في ذلك من مج الريق في المسجد قال الباجي: ورحاب المسجد كالمسجد في التنزيه.

(ولا يقص فيه شاربه ولا يقلم أظفاره وإن أخذه في ثوبه):

وكذلك لا يقتل فيه قملة ولا برغوثة وصرح ابن الحاجب بأن قتلها في المسجد مكروه وقال عبد السلام: وما قاله في البرغوث ظاهر لأنه ليس له نفس سائلة وأما القملة فالمشهور أنها لها نفسًا سائلة فينبغي أن يكون قتلها في المسجد أشد من البرغوث والله أعلم.

(وأرخص في مبيت الغرباء في مساجد البادية):

قال ابن رشد: وإذا بات في المسجد فخاف أن يخرج لقضاء الحاجة من اللصوص فإنه يتخذ آنية لقضاء حاجته فإن لم يجدها بال فيه قال ابن العربي وكذلك الغريب لا يجد أن يدخل دابته فإنه يدخلها في المسجد إذا خاف عليها اللصوص.

(ولا ينبغي أن يقرأ في الحمام إلا الآيات اليسيرة ولا يكثر):

قال عبد الوهاب: لأن الحمام من البيوت المكروهة إلا للضرورة وقد قيل إنه من بيوت الشياطين والقراءة قربة وفعل خير ومن أفضل الطاعات فيجب أن تكون في أشرف المواضع وقد روي أثر فيه النهي عن القراءة في الحمام.

(ويقرأ الراكب والمضطجع والماشي من قرية إلى قرية ويكره ذلك للماشي إلى السوق وقد قيل إن ذلك للمتعلم واسع):

قال عبد الوهاب: والفرق بين قراءة الماشي إلى السوق والماشي من قرية إلى قرية أن الماشي إلى السوق في قراءته ضرب من الإهانة للقرآن في قراءته في الطرقات وذلك
١ خلاف ما أمرنا به من تعظيمه بخلاف الماشي من قرية إلى قرية لأن القراءة تعينه على طريقه ويحتاج إلى التبرك بها في مشيه والتخوف بها ولأن ذلك يعد شغلا وسرورًا فلا ينسب قارئه إلى الابتذال له قال الفاكهاني: وقد رأيت لبعض شارحي الرسالة التفريق

بين أسواق الحاضرة وأسواق البادية فجوزه في الثاني قال التادلي، وقول الشيخ وقد قيل: راجع للماشي إلى السوق وقد قيل راجع إلى القرية وقد قيل: إن ذلك إلى الثلاثة للحمام وما بعده، والخلاف متعدد في الكل قلت وأشار الشيخ بقوله وقد قيل إلى تضعيف هذا القول ولتقدمنا الأول عليه كما سبق في قوله وقد قيل يتيمم لكل صلاة.

(ومن قرأ القرآن في سبع فذلك حسن والتفهم مع قلة القراءة أفضل وروي أن النبي عليه السلام لم يقرأه في أقل من ثلاث):

أكثر العلماء رضي الله عنهم على أن الإقلال من القراءة مع الفهم أفضل من سرد حروفه نقل صاحب القوت أن بعضهم كان يختم ختمة في الأسبوع وختمة في الشهر وختمة في العام وختمة في عمره ونقل المازري عن القابسي أبي الحسن أنه ختم القرآن ليلة فكان يستغفر الله من ذلك وكان الشيخ أبو عبد الله بن ناصر المعروف بابن العتبي من أصحاب ابن سحنون ورده بالقيروان ثلاثة ختم كل ليلة فرأى نفسه أنه مقصر فصار إلى المنستير برسم الاجتهاد في العبادة فأول يوم وصل إليها ختم القرآن خمس مرات وكان إذا أخذ يتعبد ينزل على رأسه قنديل من السماء يزهر ليس له معاليق فإذا فرغ من ورده ارتفع ذلك القنديل بقدرة من يقول للشيء كن فيكون كان قوته ربع خبزة ثمن جميع الخبزة ربع درهم.

واعلم أن الطريقين إنما هو في تعيين الأفضل ما هو وأفتى بعض من لقيناه من القرويين غير ما مرة بأن من يقرأ القرآن بلا فهم فلا ثواب له البتة زاعما أن ابن عبد البر نص على ذلك وقال هو كمثل الحمار يحمل أسفارا وكنت لا أرتضي منه هذه الفتوى ومحمل ما ذكر عن ابن عبد البر إن صح إنما هو إشارة إلى المبالغة فمتى فهم القرآن أحسن وقد كانت قراءة رسول الله ﷺ مترسلة ولو شاء أحد أن يعد الحروف لعدها وقال تعالى ﴿ وَرَتِّلِ ٱلْقُرْءَانَ تَرْتِيلاً ﴾ [المزمل: ٤].

(ويستحب للمسافر أن يقول عند ركوبه باسم الله اللهم أنت الصاحب في السفر والخليفة في الأهل والمال اللهم إني أعوذ بك من وعثاء السفر وكآبة المنقلب وسوء المنظر في الأهل والمال ويقول الراكب إذا استوى على الدابة سبحان الذي سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين وإنا إلى ربنا لمنقلبون[1]):

هذا الحديث خرجه أهل الصحيح وجاء بعضه مختلفا ومعنى الصاحب في السفر

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٥/٢٥١)، وذكره ابن عبد البر في التمهيد (٢٤/٣٥٧) بنحوه.

والخليفة في الأهل أنه لا يخلو مكان عن قدرته تعالى فصحبة المسافر أن يسلمه ويرزقه ويعينه ويوفقه ويخلفه في أهله بأن يرزقهم ويطعمهم ويحفظهم فلا حكم لأحد في السماء ولا في الأرض غيره جل وعز قال تعالى ﴿ وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنتُمْ ﴾ [الحديد: ٤] قال الباجي.

(وتكره التجارة إلى أرض العدو وبلد السودان):

قال عبد الوهاب: إنما قال ذلك لأن فيه تغرير الإنسان بنفسه وماله وإذلالا للدين واعتزازا للمشركين لأنه يحصل في بلاد المشركين بحيث تجري عليه أحكامهم ويرى الكفر بالله جهارا ولا يمكنه دفعه ولا يأمن على نفسه الفتنة والإكراه على ترك الدين أو غررهم به وإنزالهم إياه على حكمهم وكل ذلك مما قد منعت الشريعة مع القدرة على تركه فله في بلاد المسلمين مندوحة عن التعرض لهذه الأمور، وقد قال تعالى ﴿ وَمَن يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ [النساء: ١٠٠] الآية.

قال الفاكهاني: ولا خلاف وأعلمه أن ذلك مما يسقط شهادة العدل ولفسقه إذا سافر إلى بلاد العدو اختيارًا فينبغي أن يحمل ما قال الشيخ على التحريم إذ لا تسقط شهادة من فعل مكروها مرة أو مرتين، قلت: وقول المدونة في أول مسألة من كتاب التجارة إلى أرض الحرب وشدد مالك الكراهة في التجارة إلى أرض الحرب لجري أحكام المشركين عليه ظاهر في التحريم للتعليل ووقع في المدونة ما يوهم خلاف ذلك، وتأول على غلبة الريح أو دخوله لفك أسير أو مصلحة بين المسلمين والكفار وجرى لي وأنا قاض بجربة برسم فيه شهادة قاضي قوصرة بذكر حق شهود من علمه فطلب مني أن أوقع على خطه فلم أمكن صاحبه من ذلك لأنهم قادرون على التحيل في الخروج منها، وربما يخرج بعض من فيها ويعدلها فهم كفار يحكم عليهم.

(وقال عليه السلام السفر قطعة من العذاب[1]):

قال الفاكهاني: هذا أمر مشاهد لغالب الحال لما فيه من قطع الراحة وإجهاد النفس وتشقية الخاطر ونظر من يشتهي نظره ومخالطته رغما فهو عذاب حسا ومعنى هذا غالبه وما نذر لا حكم له، والحديث يمنع أحدكم نومه وطعامه وشرابه فإذا قضى أحدكم من سفره نهمته فليعجل إلى أهله رواه مالك عن أنس عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال التادلي: قال عمر لولا أني خشيت أن أزيد على رسول الله ﷺ لقلت العذاب قطعة من السفر، قلت: وهذا منه مبالغة.

(ولا ينبغي أن تسافر المرأة مع غير ذي محرم منها سفر يوم وليلة فأكثر إلا في حج

---

(١) رواه البخاري (٢/٦٣٩)، ومسلم (٣/١٥٢٦).

الفريضة خاصة في قول مالك في رفقة مأمونة وإن لم يكن معها ذو محرم فذلك لها):

قال الفاكهاني: هذا متفق عليه قال: قال رسول الله ﷺ «**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم**[1]»، وروي أيضًا فوق ثلاثة، وروي لا تسافر المرأة يومين، وروي مسيرة يوم وليلة وحمل هذا الخلاف على حسب السائلين اختلاف المواطن وإن ذلك معلق بأقل ما يقع عليه اسم السفر قلت: وقول الشيخ في قول مالك يقوم منه كما تقدم في قوله وليس عليه تخليلها في الوضوء في قول مالك، وكأنه مال إلى قول طاوس والنخعي والشعبي والحسن البصري وأبي حنيفة وغيرهم إنها لا تحج إلا مع زوج أو ذي محرم، وظاهر كلام الشيخ أن سفرها في البحر كالبر وهو كذلك ووقع لمالك إذا لم تجد سبيلا إلا في البحر فلا يلزمها جملة من غير تفصيل.

باب في التعالج وذكر الرقى والطيرة والنجوم والخصاء والوسم وذكر الكلاب والرفق بالمملوك

الأصل في جواز الاسترقاء قوله تعالى ﴿ وَنُنَزِّلُ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ مَا هُوَ شِفَآءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴾ [الإسراء: ٨٢] وقوله تعالى ﴿ وَهَٰذَا كِتَٰبٌ أَنزَلْنَٰهُ مُبَارَكٌ ﴾ [الأنعام: ٩٢] وقوله ﷺ في أم جعفر بن أبي طالب «استرقوا لها فإنه لو سبق القدر شيء لسبقته العين» قال التلمساني: إنما أمر بالاسترقاء في هذا الحديث وشبهه ولم يأمر بالوضوء لأن الاغتسال إنما يؤمر به إذا كان العائن معروفا والأصل في التعوذ قوله تعالى ﴿ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيْطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ﴾ [النحل: ٩٨]، وقوله ﴿ وَإِنِّيٓ أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ ٱلشَّيْطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ﴾ [آل عمران: ١٣٦] إلى غير ذلك من الآي.

والأصل في التعالج من المرض وشرب الدواء والفصد والكي قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله ﷺ «إن الذي أنزل الداء أنزل الدواء[2]» وأنه عليه الصلاة والسلام أمر بالكي والحجامة، واحتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجام أجرته وهو أبو طيبة وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه، وكره بعض أهل العلم التداوي بذلك ورأوا أن تركه والاتكال على الله عز وجل أفضل منه واحتجوا بقوله ﷺ «يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفا بغير حساب وهم الذين لا يتطيرون ولا يسترقون

---

(١) رواه البخاري (١/٣٦٩)، وابن حبان (٦/٤٣٧).

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٥/٣١).

وعلى ربهم يتوكلون[1]» ودليل الحجامة ما تقدم قال التادلي: وقول الشيخ والحجامة حسنة يريد في كل أيام السنة، خلافًا لبعض ضعفة العقول في تركه يوم السبت والأربعاء، قال ابن رشد: ويصححه إيمان مالك بالقدر كان لا يكره الحجامة ولا شيء من الأشياء يوم السبت والأربعاء بل يتعمد ذلك فيهما.

(والكحل للتداوي للرجال جائز وهو من زينة النساء):

ظاهر كلام الشيخ أن الرجل لا يكتحل من غير ضرورة وهو كذلك على أحد القولين وروي عن مالك جوازه قال التادلي: واختلف في صفة الاكتحال فقيل اثنان لليمنى وواحد لليسرى وقيل: ثلاثة في كل عين.

(ولا يتعالج بالخمر ولا بالنجاسة ولا بما فيه ميتة ولا بشيء مما حرم الله ولا بأس بالاكتواء):

أما التعالج بالخمر وسائر النجاسات في باطن الجسم فالاتفاق على تحريمه وأما ظاهر الجسد ففيه قولان وأفتى غير واحد من شيوخنا بحرمته ومن هذا المعنى غسل العثرة بالبول.

(ولا بأس بالرقي بكتاب الله وبالكلام الطيب):

قال في البيان: كره مالك الرقي بالحديد والملح وعقد الخيوط لأن الشفاء لا يكون إلا بكتاب الله وأسمائه وما يعرف من الذكر.

(ولا بأس بالمعاذة تعلق وفيها القرآن):

ظاهر كلام الشيخ أنه جائز للصحيح والمريض وهو كذلك بالنسبة إلى المريض باتفاق وإلى الصحيح باختلاف على قولين والذي أفتى به بعض من لقيناه من القرويين غير ما مرة أن ذلك جائز ولقائل أن يقول: سياق كلام الشيخ إنما يدل على جوازه في المريض، وما ذكرناه هو الذي أعرفه في المذهب وقال التادلي: في المسألة أقوال ثالثها يجوز للمريض دون الصحيح والحيوان ورابعها للآدمي دون الحيوان.

(وإذا وقع الوباء بأرض قوم فلا يقدم عليه ومن كان بها فلا يخرج فرار منه):

يحتمل قول الشيخ الكراهة والتحريم وفي ذلك قولان في المذهب.

(وقال عليه السلام في الشؤم إن كان ففي المسكن والمرأة والفرس):

قال بعض أهل العلم: الشؤم في الدور ما يصيب ساكنها من المصائب وكذلك

---

(١) رواه البخاري (٥/٢٣٧٥)، وذكره ابن كثير في التفسير (١/٣٩٤).

المرأة والفرس وقوله ﷺ «لا عدوى ولا طيرة معارض له[1]» ومنهم من ضعف حديث الشؤم بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها أنكرت على أبي هريرة رضي الله عنه حديثا عن النبي ﷺ أنه قال: «الطيرة في المرأة والدار والدابة[2]» وأقسمت أنه ما قاله رسول الله ﷺ قط، وإنما كان أهل الجاهلية يقولونه ثم قرأت ﴿ مَآ أَصَابَ مِن مُّصِيبَةٍ فِى ٱلْأَرْضِ وَلَا فِىٓ أَنفُسِكُمْ إِلَّا فِى كِتَـٰبٍ مِّن قَبْلِ أَن نَّبْرَأَهَآ ﴾ [الحديد: ٢٢]، ومنهم من صحح الحديث، وتأوله على أن الشؤم في الدار معناه سوء الجار، وفي المرأة اختلافها وفي الفرس كذلك.

(وكان عليه السلام يكره سيئ الأسماء ويعجبه الفأل الحسن):

ولا يفعل ما يفعله بعض الجهلة من استخراجهم الفأل في المصحف وهو نوع من الاستقسام بالأزلام لأنه قد يخرج له مالا يريد فيؤدي ذلك إلى التشاؤم بالقرآن.

(والغسل للعين أن يغسل العائن وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه وأطراف رجليه وداخلة إزارة في قدح ثم يصب على المعين):

قال المازري: هل يقضى على العائن بغسل هذه المواضع أم لا؟ فإن شهدت بينة بأنه عائن سجن في داره ويأكل من ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فمن بيت المال فإن خرج بعد ذلك وأصاب أحدا بعينه ضمن ذلك، وكذلك صاحب الكلب العقور والجمل الصائل والحائط المائل فهؤلاء يضمنون بعد التقدم إليهم وداخلة إزاره ما يلي فخذه الأيمن من الإزار قاله ابن حبيب وقيل داخلة إزاره أن يستنجي بعد إزالة النجاسة وقيل ما يلي البدن من الثوب حكاه ابن يونس عن مالك فإن لم يكن له إزار فإنه يغسل فرجه وما يلي بدنه من ذلك، والصفة التي ذكر أبو محمد هي التي قال ابن شهاب.

(ولا ينظر في النجوم إلا ما يستدل به على القبلة وأجزاء الليل ويترك ما سوى ذلك):

قال ابن رشد: وأما النظر في أمرها فيما يتوصل به إلى معرفة نقصان الشهر من كماله فذلك مكروه لأنه لا يجوز لأحد أن يعمل في صومه وفطره على ذلك، وقال مطرف وابن عبد الله بن الشخير أنه يعمل به من يعرفه في خاصة نفسه، وقاله الشافعي في أحد قوليه وأما من نظر فيها وقال لا يقدم المسافر ولا تمطر السماء وما أشبه ذلك من المغيبات قيل إن ذلك كفر يوجب القتل دون استتابة وقيل يستتاب فإن تاب وإلا

---

(١) رواه مسلم (١٧٤٣/٤) بنحوه.

(٢) رواه أحمد (١٥٠/٦)، (٢٤٦/٦)، وذكره ابن عبد البر في التمهيد (٢٨٩/٦).

قتل، وروي ذلك عن أشهب وقيل يزجر عن ذلك، ويؤدب عليه وهو قول مالك في العتبية وليس قول الرجل الشمس أو القمر ينكسف غدا أو نقصان في الشهر، وتمامه من عمل النجوم وليس بكفر لأنه يعرف بالحساب لكنه يكره الاشتغال به لأنه مما لا يعني وفي الإخبار به قبل أن يكون ضرر في الدين على من سمعه من الجهال فيظن ذلك من علم الغيب فيزجر قائله ويؤدب عليه، وكره المازري النظر في الاصطرلابات والصحيفة لأن العمل بها لا يمكن إلا بعد التعمق في علم النجوم.

(ولا يتخذ كلب في الدور في الحضر ولا في دور البادية إلا لزرع أو ماشية يصحبها في الصحراء ثم يروح معها أو لصيد يصطاده لعيشه لا للهو):

يريد إلا أن يضطر فيتخذه حتى يزول المانع ويذكر أن أبا محمد بن أبي زيد وقع له حائط من داره وكان يخاف على نفسه من الشيعة فاتخذ كلبًا لذلك، قال الفاكهاني: وانظر على قول من أجاز الصيد للهو من غير كراهة هل يجوز له اتخاذ الكلب لذلك وهو الذي يظهر والله أعلم لكن لم أره منقولاً واختلف الشافعية هل يجوز اتخاذ الكلب لحراسة الدواب والحوائط الكبار للضرورة في ذلك أم لا؟ على قولين.

(ولا بأس بخصاء الغنم لما فيه من صلاح لحومها ونهي عن خصاء الخيل):

الخصاء ممدود والفرق بين خصاء الغنم والخيل أن الغنم تراد للأكل فليس في خصائها ما يمنع ذلك بما فيه إصلاح له ومعونة عليه وليس كذلك الخيل لأنها إنما تراد للركوب والجهاد عليه وذلك ينقص قوتها ويضعفها ويقل نسلها وأما الفرس يكلب فيجوز أن يخصى قاله بعض الشيوخ وقبله الفاكهاني وأما الآدمي فلا خلاف في منع خصائه.

(ويكره الوسم في الوجه ولا بأس به في غير ذلك):

قال الفاكهاني: رويناه بالشين المعجمة ليس إلا.

(ويترفق بالمملوك ولا يكلف من العمل ما لا يطيق):

قال الله تعالى ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[البقرة: ٢٨٦]، وقال ﴿ وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ ﴾[البقرة: ٢٨٦]، وقال ﷺ **«أوصيكم بالضعيفين المرأة والمملوك»**.

باب في الرؤية والتثاؤب والعطاس واللعب بالنرد وغيره والسبق بالخيل والرمي وغير ذلك

قال أبو إسحاق الإسفرائيني الرؤيا هي عبارة عن أمثلة يدركه الرائي بجزء لم يصبه آفات النوم وتلك الأمثلة تدل على معان وقيل هي رؤية القلب.

(قال الرسول عليه السلام الرؤيا الحسنة من الرجل الصالح جزء من ستة وأربعين جزء من النبوة ومن رأى منكم ما يكره في منامه فإذا استيقظ فليتفل عن يساره ثلاثًا وليقل: اللهم إني أعوذ بك من شر ما رأيت في منامي أن يضرني في ديني ودنياي[(١)]):

اختلفت الروايات في هذا الحديث فروي ستة وأربعون جزءًا من النبوة وروي خمسة وأربعون جزءًا، وروي من سبعين وانظر المازري في كيفية الجمع بين ذلك.

(ومن تثاءب فليضع يده على فيه):

يقال: تثاءب بالمد مخفف وكذلك وقع في بعض نسخ مسلم وفي أكثرها تثاوب بالواو قال العلماء: وإنما أمر بكظم التثاؤب ورده ووضع اليد على الفم لئلا يبلغ الشيطان مراده من تشويه صورته ودخوله في فيه وضحكه منه.

(ومن عطس فليقل: الحمد لله وعلى من سمعه يحمد الله أن يقول له يرحمك الله ويرد العاطس يغفر الله لنا ولكم أو يقول يهديكم الله ويصلح بالكم):

قال ابن الفرس: ويزيد رب العالمين عند ابن مسعود وعلى كل حال عند ابن عمرو حمدا كثيرًا طيبًا مباركًا فيه عند غيرهما ويقال ذلك جهرا، واختلف في هذا القول فقيل: سنة وقيل مستحب وأما التشميت قال في البيان قيل فرض عين وقيل فرض كفاية وقيل ندب وإرشاد والأول أشهر.

قلت: وظاهر كلام الشيخ أن رد السامع فرض لقوله وعلى من سمعه يحمد الله أن يقول: يرحمك الله، ولو تكرر العطاس سقط تشميته ودليله ما في مسلم عن سلمة بن الأكوع أنه سمع النبي ﷺ عطس رجل عنده فقال «**يرحمك الله**» ثم عطس أخرى، فقال رسول الله ﷺ «**الرجل مزكوم**[(٢)]» وفي الترمذي في الثالثة أنه مزكوم.

(ولا يجوز اللعب بالنرد ولا بالشطرنج ولا بأس أن يسلم على من يلعب بها ويكره الجلوس إلى من يلعب بها والنظر إليهم):

واللعب بذلك جرحة وإن لم يدمن وقيل بشرط الإدمان ولا حد في الإدمان ويرجع فيه إلى العرف وقيل من لعب به أكثر من مرة واحدة في السنة، ويريد بقوله لا بأس أن يسلم على من يلعب بها إذا كان بعد انصرافهم وفراغتهم من اللعب فإما في حالة اللعب فلا يجوز لأنهم متلبسون بالمعصية ألا ترى إلى قوله ولا يجوز اللعب بالنرد، وفي العتبية سئل مالك أيسلم على اللاعب بالشطرنج فقال نعم أو ليسوا

---

(١) رواه مسلم (١٦٧/٢)، والنسائي في السنن الكبرى (٢٢٣/٦) بنحوه.
(٢) رواه الدارمي في السنن (٣٦٩/٢).

مسلمين، وتأوله ابن رشد على ما ذكرناه من أن معنى ذلك إذا انصرفوا من لعبهم وكان بعض من لقيناه من القرويين يحمل ما في العتبية على ظاهره ولا يفتى به وما ذكر من كراهة الجلوس محمول على التحريم.

(ولا بأس بالسبق بالخيل وبالإبل وبالسهام بالرمي وإن أخرجا شيئًا جعلا بينهما محللا يأخذ ذلك المحلل إن سبق هو وإن سبق غيره لم يكن عليه شيء هذا قول ابن المسيب وقال مالك: إنما يجوز ويخرج الرجل سبقًا فإن سبق غيره أخذه وإن سبق هو كان للذي يليه من المتسابقين وإن لم يكن غير جاعل السبق وآخر فسبق جاعل السبق أكله من حضر ذلك):

شروط المسابقة أن يجهل كل واحد منهما فرس صاحبه وأن يكونا بالغين ومعرفة انتهاء الغاية وأن يخرج أحدهما مثل ما يخرجه الآخر، وقيل يجوز التفاضل وهو المشهور وإن يقصد بذلك القوة على الجهاد.

(وجاء فيما ظهر من الحيات بالمدينة أن تؤذن ثلاثًا وإن فعل ذلك في غيرها فهو حسن ولا تؤذن في الصحراء ويقتل ما ظهر منها):

قال ابن شاس: واختلف في الاستئذان المشروع فقيل: ثلاثة في خرجة واحدة وقيل مرة في كل خرجة وقيل: ثلاثة أيام وإن ظهرت اليوم الواحد مرارا.

قال الفاكهاني: قيل وقول الشيخ ثلاث مرات يحتمل ثلاث ليال وفي الحديث ثلاثة أيام رفع للاحتمال، وصفة الاستئذان أن يقول أنشدتكن بالعهد الذي أخذ عليكن سليمان بن داود عليهما السلام أن لا تؤذونا أو تظهروا علينا وهذا الحديث عن رسول الله ﷺ ذكره عياض في إكماله من رواية ابن حبيب.

(ويكره قتل القمل والبراغيث بالنار):

دليل ذلك ما جاء في الحديث «لا يعذب بالنار إلا رب النار» قال التادلي: وهذا ما لم يضطر فيجوز قتلها بالنار لأن في قتلها بغير النار حرجا ومشقة ويجوز نشرها للشمس.

(ولا بأس إن شاء الله بقتل النمل إذا آذت ولم يقدر على تركها ولو لم تقتل كان أحب إلينا إن كان يقدر على تركها):

مفهوم كلام الشيخ إنها إذا لم تؤذ فإنها لا تقتل كقول الخطابي لا تقتل النملة الحمراء الطويلة القوائم لأنه لا تحصل منها إذاية وما ذكر الشيخ هو معنى قول مالك وكان الشيخ لم يقف عليه لمالك وكأنه من عنده لقوله إن شاء الله.

(ويقتل الوزغ):

هذا لما في مسلم عن النبي ﷺ أنه أمر بقتل الوزغ وسماه «الفويسقة» وفيه أيضًا «من قتل وزغة في أول ضربة كتب له مائة حسنة وفي الثانية دون ذلك وفي الثالثة دون ذلك»، قال ابن رشد وكذلك يقتل ما أمر النبي ﷺ بقتله من العقرب والفأرة والحدأة والغراب والكلب العقور.

(ويكره قتل الضفادع):

الأصل في ذلك ما في النسائي أن طبيبًا ذكر ضفدعا في دواء عند رسول الله ﷺ فنهى النبي ﷺ عن قتله قال عبد الوهاب كان الأصل منع إتلاف الحيوان إلا لمنفعة ورفع ضرر ولا ضرر في الضفدع.

(وقال النبي ﷺ إن الله أذهب عنكم عبية الجاهلية وفخرها بالآباء مؤمن تقي أو فاجر شقي أنتم بنو آدم وآدم من تراب[1]):

لأن المفاخرة بالأنساب تؤدي إلى إيقاع العداوة والبغض وذلك ممنوع لأنه مؤد إلى الهجر والفساد ولأن الله تعالى قال ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ [الحجرات: ١٣] فأخبر تعالى أن الفضل عنده بالتقوى دون النسب وعبية بالعين المهملة وكسرها ومعناه الكبر والتجبر.

(وقال عمر تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم قال مالك أن يرفع في النسبة فيما قبل الإسلام من الآباء):

قال التادلي: يريد وجوبًا لأن صلة الرحم واجبة فوسيلته كذلك.

(والرؤيا الصالحة جزء من ستة وأربعين جزءًا من النبوة ومن رأى في منامه ما يكره فليتفل عن يساره ثلاثًا وليتعوذ من شر ما رأى[2]):

قال الفاكهاني: قد تقدم مستوعبًا وما أدري لم أعاده الشيخ رحمه الله تعالى، ونفع به.

(ولا ينبغي أن يفسر الرؤيا من لا علم له بها ولا يعبرها على الخير وهي عنده على المكروه):

قال التادلي: يريد إلا إذا كان عالما بأصول التفسير وهي الكتاب والسنة وكلام العرب وأشعارها وأمثالها وكان له فضل وصلاح وفراسة ولا يعبرها بالنظر في كتاب

---

(١) رواه أبو داود (٤/٣٣١).

(٢) تقدم تخريجه.

العبارات ويفتي بذلك على جهة التقليد لذلك فإن ذلك لا يجوز لأنها تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمان قال الفاكهاني: ولا ينبغي على التحريم لأنه يكون كاذبًا أو مخمنا قال تعالى ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾[الإسراء: ٣٦].

(ولا بأس بإنشاد الشعر وما خف من الشعر أحسن ولا ينبغي أن يكثر منه ومن الشغل به):

إنشاد ما خف من الشعر جائز بلا خلاف وقد سمع النبي ﷺ الشعر في المسجد وغيره، وقال عليه السلام «**إن من الشعر لحكمة**» وقال عليه الصلاة والسلام «**أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد**[1]:

ألا كل شيء ما خلا الله باطل»

وقال لحسان «**أنشد ومعك روح القدس**»، قال عبد الوهاب: والإكثار منه مكروه لأنه يشغل عن الحلال والحرام، قال الطرطوشي: ولأن أطيبه أكذبه قال ابن الفرس وقد منع قوم قليله وكثيره.

(وأولى العلوم وأفضلها وأقربها إلى الله علم دينه وشرائعه مما أمر به ونهى عنه ودعا إليه وحض عليه في كتابه وعلى لسان نبيه والفقه في ذلك والفهم فيه والتهمم برعايته والعمل به والعلم أفضل الأعمال وأقرب العلماء إلى الله وأولاهم به أكثرهم له خشية وفيما عنده رغبة والعلم دليل إلى الخيرات وقائد إليها):

قال الفاكهاني: هذا قد تقدم في أول الكتاب فراجعه هناك فلا معنى للإعادة.

(واللجأ إلى كتاب الله عز وجل وسنة نبيه عليه السلام واتباع سبل المؤمنين وخير القرون من خير أمة أخرجت للناس نجاة ففي المفزع إلى ذلك العصمة وفي اتباع سبيل السلف الصالح النجاة وهم القدوة في تأويل ما تأولوه واستخراج ما استنبطوه وإذا اختلفوا في الفروع والحوادث يخرج عن جماعتهم والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله):

اللجأ بفتح اللام والجيم والملتجأ بمعنى واحد وهو في اللغة بمعنى الاستناد على الشيء والاعتماد عليه، وكتاب الله المراد به القرآن لأنه غلب إطلاقه على ذلك وإلا فكتب الله المنزلة تزيد على المائة، والمفزع هو الملجأ يعني فزعت إلى كذا لجأت إليه والعصمة الحفظ وخص الفروع بالذكر في قوله وإذا اختلفوا في الفروع والأحاديث

---

(١) رواه مسلم (١٧٦٨/٤)، وابن أبي شيبة (٢٧٢/٥).

لأنهم متفقون على أصول التوحيد وسائر الاعتقادات المتعلقة بذلك مما يجب لله تعالى وما يجوز في حقه وما يستحيل عليه فكلام الشيخ كالنص في أن خرق الإجماع لا يجوز وهو كذلك قال تعالى ﴿ وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ ﴾ [النساء: ١١٥] الآية ويقوم من كلام الشيخ جواز إمامة المخالف في الفروع الظنية وهو كذلك بإجماع عند المازري باختلاف عند اللخمي.

(قال أبو محمد عبد الله بن أبي زيد قد أتينا على ما شرطنا أن نأتي به في كتابنا هذا مما ينتفع به إن شاء الله من رغب في تعليمه ذلك من الصغار ومن احتاج إليه من الكبار وفيه ما يؤدي الجاهل إلى علم ما يعتقده من دينه ويعمل به من فرائضه ويفهم كثيرًا من أصول الفقه وفنونه ومن السنن والرغائب والآداب وأنا أسأل الله أن ينفعنا وإياك بما علمنا ويعيننا وإياك على القيام بحقه فيما كلفنا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وصلى الله على نبيه وآله وسلم تسليمًا):

يقول مؤلف هذا المختصر وهو أبو القاسم بن عيسى بن ناجي التونسي القروي: أطلب ممن وقف على مختصري هذا لو رأى فيه خرقًا أن يتجاوز عن خشونة الكلام فإنه لا معصوم إلا من عصمه الله تعالى وأطلب منه أن يدعو لي بالمغفرة والرحمة ولوالدي وللمسلمين أجمعين.

(يقول مصححه الراجي عفو ربه الكريم ابن الشيخ حسن الفيومي إبراهيم):

نحمدك اللهم أن أرشدت من اخترت لتبليغ دينك القويم، ودللت الهداة إلى سبل الخيرات فسلكوا أنهج طريق إلى رضا ربهم البر الرحيم، ونصلي ونسلم على الرسول المرسل رحمة للعالمين، سيدنا محمد القائل «**من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين**»، وآله الهادين، وصحابته أجمعين.

وبعد:

فقد قيض الله جلت قدرته لنشر شرعه بين طلابه، حتى لا يتمكن حاجب فضل من ستره عن أصحابه، أناسًا نظر لهم بعين عنايته، وأيدهم بوفور فضله ومنته، فاستخرجوا دفين فنون الفضائل، من تربة الإهمال بعد أن كاد يقضي عليها طول عهد مؤلفيها الأماثل، من ذلك أن انتدب سلطان العلماء العاملين، وسيد الجهابذة المحققين، صاحب السيف والقلم، وينبوع الحكمة والحكم، فرع الشجرة المباركة النبوية، ومفخر السلالة الطاهرة العلوية، من دان لمكانته القاصي والداني، واعترف الزمان بأن ليس يدانيه ثاني، جلالة مولانا عبد الحفيظ سلطان المغرب الأقصى السابق ابن السلطان مولاي الحسن ابن السلطان

مولاي محمد رفع الله قدره وأدام فخره بأن عنى حفظه الله بنشر لواء العلم النافع بين طلابه ففتح لهم بذلك ما استغلق عليهم من أبوابه، فتقدم بأمره السامي لجناب الحاج محمد بن العباس بن شقرون خديم المقام العالي بالله الآن بثغر طنجة ووكيل دولة المغرب الأقصى سابقًا بمصر بطبع شرحي الرسالة رسالة ابن أبي زيد القيرواني الأول منهما: شرح العلامة زروق الفاسي والثاني: شرح العلامة ابن ناجي فأناط حفظه الله ورعاه بهذا التوكيل نجله الشاب النجيب، والفاضل الأديب الحاج عبد السلام بن شقرون فقام بهذه الخدمة الجليلة، وباشر بنفسه أمر ذلك إحرازا لتلك الفضيلة فتم ولله الحمد طبعهما على وفق المرام، وكان بذلك قرة عين أهل العلم الأعلام، وذلك بالمطبعة الجمالية ذات الأدوات البهية، الكائنة بمصر المحمية. أوائل شهر شوال المعظم لسنة ١٣٣٢ هجرية وعلى صاحبها أفضل الصلاة وأتم التحية والحمد لله أولا وآخرًا.

فهرس المحتويات